Die Rechtswirkungen der verbotenen Börsentermingeschäfte

nach der Novelle vom 8. Mai 1908.

Inauguraldissertation

der

juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

MAX MILLER

aus München

Rechtspraktikant am K. Landgericht München I,
Leutnant d. Reserve im K. B. 2. Infanterie-Reg.

Approbiert am 13. Februar 1911.

MÜNCHEN
Dr. Wild'sche Buchdruckerei, Gebr. Parcus
1911.

253

Die Rechtswirkungen der verbotenen Börsentermingeschäfte

nach der Novelle vom 8. Mai 1908.

Inauguraldissertation

der

juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

MAX MILLER

aus München

Rechtspraktikant am K. Landgericht München I,
Leutnant d. Reserve im K. B. 2. Infanterie-Reg.

Approbiert am 13. Februar 1911.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

MÜNCHEN
Dr. Wild'sche Buchdruckerei, Gebr. Parcus
1911.

Referent:

Universitäts-Professor Sehling.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Geschichtlicher Überblick über die Beschränkung des Börsenterminhandels durch die Gesetzgebung:

1. in den Niederlanden 9
2. in Frankreich 10
3. in England 10
4. in Deutschland 11

I. Kapitel: Der Begriff des Börsentermingeschäftes 12

II. „ Das Differenzgeschäft 24

III. „ Das verbotene Börsentermingeschäft 31

IV. „ Die Rechtswirkungen der verbotenen Börsentermingeschäfte:

1. verwaltungsrechtliche 37
2. privatrechtliche 39
3. strafrechtliche 48

Schluß: Würdigung der neuesten gesetzgeberischen Maßnahmen . . . 51

Literaturverzeichnis.

Adler, Zum Rechte des Termingeschäfts i. Arch. f. bürg. R., Bd. 17 S. 131 ff.

Adler K., Betrachtungen und Vorschläge zur Reichstagsvorlage v. 22. XI. 1907, betr. Änderung des BG., Goldschm. Zschr. Bd. 61 S. 456 ff.

Apt, Das Börsengesetz, 5. A. 1909.

Bendixen, Die Einrede des reinen Differenzgeschäfts und die Rechtsprechung des Reichsger. i. Hldh. Bd. 4.

Bericht der Börsenenquetekommission, Berlin 1883.

Bretzfeld, Zum Rechte des Differenzgeschäfts, Diss. 1902.

Cohn G., Zeitgeschäfte und Differenzgeschäfte i. 7. Bd. von Hildebrands Jahrbüchern f. Nat. u. Stat., Jena 1867.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. A. 1910.

Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Börsenverkehrs, 1909.

Ehrenberg, Die Fondsspekulation und die Gesetzgebung, Berlin 1883.

Fuchs, Der Warenterminhandel i. Schmollers Jhrb. 1891.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 8. A. 1909.

Heinemann, Die Aufhebung der Legaldefinition des Börsengesetzes, Hldh. Bd. 17 S. 38 ff.

Heinemann, Ist die Legaldefinition des Börsentermingeschäfts (§ 48 des BG.) eine Wesensvoraussetzung der Registereintragung? Hldh. Bd. 8 S. 235 ff.

Heinemann, Zur Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäfts in § 48 des Börsengesetzes, Hldh. Bd. 9 S. 60 ff.

Hemptenmacher, Das Börsengesetz, 2. A. 1909.

Hodenberg v., Die Differenzgeschäfte und Börsentermingeschäfte in der Rechtsprechung, Diss. 1909.

Huber, Die Klagbarkeit der Börsentermin- und Differenzgeschäfte, Diss. 1904.

Kahn, Das Börsengesetz, 2. A. 1909.

Kohn D., Der Getreideterminhandel, Leipz. 1891.

Merzbacher, Die Reform des Börsengesetzes, Recht 1908.

Neukamp, Die Novelle zum Börsengesetze, SBlfR. 1908.

Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, 1910.

Pfleger, Börsenrecht i. Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 3.

Riesser, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte. Eine Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1900.

Salings, Börsenpapiere I, 1903.

Schweyer, Der Börsenverkehr und seine gesetzliche Regelung i. d. Annalen des Deutschen Reichs, 1902.

Silberschmidt, Die Reform des Entwurfs einer Börsennovelle, Diss. 1905.

Staub, Kommentar zum HGB., 8. A. 1906, mit Nachtrag von 1909.

Stehle, Die Rechtslage des Börsentermingeschäfts, Diss. 1905.

Thorwart, Zum Börsengesetz, Diss. 1896.

Trumpler, Differenzgeschäfte nach BGB. und BG., Goldschm. Zschr. Bd. 50.

Verbandkommentar (Kommentar z. BG., auf Veranlassung des Zentralverbands des deutschen Bank- und Bankiergewerbes bearb. von Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp, Schmidt-Ernsthausen, Breit, mit e. Vorw. v. Riesser).

Weber, Die Novelle z. BG., DJZ. Bd. 13 Sp. 609 ff.

Weber M., Die technische Funktion des Terminhandels, DJZ. Bd. 1 S. 250 ff.

Wiener, Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung, 1893.

Wildhagen, Der 3. Entwurf zur BG.-Novelle, DJZ. Bd. 12 Sp. 1273.

Zadig, Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung, 1901.

Abkürzungen.

a. a. O.	= am angegebenen Ort.
ä. F.	= älterer Fassung.
a. M.	= anderer Meinung.
Apt	= Apt, Börsengesetz, 5. A., 1909.
BA.	= Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
BEK.	= Börsenenquetekommission.
BG.	= Börsengesetz.
BO.	= Börsenordnung.
Bolze	= Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von Bolze.
BTG.	= Börsentermingeschäft.
BTH.	= Börsenterminhandel.
DG.	= Differenzgeschäft.
Diss.	= Dissertation.
DJZ.	= Deutsche Juristenzeitung.
E.	= Entscheidung.
Goldschm.Zschr.	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.
GruchotsB.	= Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Hanseat.GZ.	= Hanseatische Gerichtszeitung.
Hemptenmacher	= Hemptenmacher, Börsengesetz, 2. A., 1909.
Hldh.	= Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, herausgegeben von Holdheim.
HWB.	= Handwörterbuch.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
Kahn	= Kahn, Börsengesetz, 2. A., 1909.
KG.	= Kammergericht.
LZ.	= Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Nußbaum	= Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, 1910.
NußbaumVorb.	= Vorbemerkung zum IV. Abschnitt des Börsengesetzes in Nußbaums Kommentar.
OLGRspr.	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Falkmann und Mugdan.
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (offizielle Sammlung).
ROHG.	= Reichsoberhandelsgericht.
Sächs.Arch.	= Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SBlfR.	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
StaubExk.	= Exkurs zum § 376 in Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. A., 1906.
Staub Nachtr.	= Nachtrag zu Staubs Kommentar zum HGB., 1909.
TG.	= Termingeschäft.
TH.	= Terminhandel.
u. E.	= unseres Ermessens.
Verb.Komm.	= Kommentar zum Börsengesetz, auf Veranlassung des Zentralverbands des deutschen Bank- und Bankiergewerbes, bearbeitet von Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp, Schmidt-Ernsthausen, Breit, mit einem Vorwort von Riesser (Verband-Kommentar).
WTH.	= Warenterminhandel.

Einleitung.

Gewissen im Börsenterminhandel zu Tage getretenen Ausartungen zu begegnen, ist der Hauptzweck unserer Börsengesetzgebung.

Einmal soll das im Börsenwesen unerfahrene Privatpublikum von der existenzgefährdenden Börsenspekulation ferngehalten, zweitens verhindert werden, daß ein BTH. in Wertpapieren und Waren entgegen den Interessen der beteiligten Unternehmungen bezw. Erwerbs- und Handelszweige stattfindet.

Dieses doppelte Ziel sucht man durch Repressivmaßregeln zu erreichen.

Wo überall und wie oft hat man nicht mit diesem Mittel schon die ungesunde Spekulation bekämpft!

Eine lange Reihe von Repressivgesetzen, die kurz nach dem Auftauchen des Lieferungshandels, des Vorläufers des Terminhandels, beginnt und bis in die jüngste Vergangenheit heraufreicht, ist das Ergebnis der Bestrebungen, von denen auch unsere Gesetzgebung getragen wird.

Schon 1610[1]), also wenige Jahre nach der Gründung der „Niederländisch-Ostindischen Gesellschaft", in deren Aktien zu Amsterdam der erste ausgebreitete Zeithandel stattfand, sahen sich die Generalstaaten genötigt, der Spekulation durch ein Edikt „tegens set verkoopen ende transporteren der Aktien in de Ostindische Compagnie"[2]) einen Riegel vorzuschieben.

Dieses Gesetz verbot den sogen. Blankoverkauf, d. h. das Verkaufen von Aktien, die der Verkäufer nicht wirklich besaß. Analoge und zwar wesentlich verschärfte Bestimmungen ergingen dann 1621 bezüglich der neubegründeten „Niederländisch-Westindischen Compagnie". Eine Wiederholung dieser Verbote brachte ein Edikt von 1677[3]), als infolge des durch den unglücklichen Krieg mit Frankreich (1668—1678) hervorgerufenen Kurssturzes die Baissiers wieder ans Ruder gekommen waren.

Auch der holländische Waren-TH., der in Walfischtran, Walfischbarden und Tulpen kurz nach der Gründung der Niederländisch-Westindischen Compagnie auftauchte, mußte sich bald Beschränkungen gefallen lassen. So wurde im Jahre 1693 der zu Amsterdam bestehende Zeithandel in Getreide zum ersten Male verboten, jedoch

[1]) Vgl. zu den geschichtlichen Ausführungen R. Ehrenberg, die Fondsspekulation und die Gesetzgebung, 1883; auch Fuchs d. Waren-TH. in Schmollers Jahrb. 1891 S. S. 53, 54.

[2]) Groot Placaetboeck I/553.

[3]) Groot Placaetboeck III/1307.

ohne dauernden Erfolg. Schon um 1720 stand er nämlich wieder in voller Blüte. Um dieselbe Zeit ist in Amsterdam auch in anderen Waren, wie in Kaffee, Öl, Ölsamen, Kakao, Branntwein, Cochenille usw. ein umfangreicher Lieferungshandel zu konstatieren, der ob seiner ausgebildeten Technik bereits als TH. im modernen Sinne angesprochen werden kann.[4])

In Getreide, Öl und Ölsamen wurden diese Geschäfte durch die Plakate von 1756 und 1775 auch jetzt wieder untersagt.

In Frankreich nahm das Börsenspiel, durch den genialen Abenteurer Law, der an die Stelle der damals noch überall vorherrschenden Geldwirtschaft die Kreditwirtschaft setzen wollte, eingeführt, im zweiten Jahrzehnt des 18. Jahrhunderts wahnwitzige Dimensionen an. Die Regierung blieb gegen die Gefahren, welche das Law'sche „System" in sich barg, verblendet. Erst 1724, vier Jahre nachdem durch den Zusammenbruch der Law'schen Kompagnie ungezählte Existenzen ins Unglück gestürzt worden waren, erging eine Verordnung, welche alle Zeitgeschäfte in Fonds untersagte, jedoch völlig unbeachtet blieb. Auch die vier Edikte der 80er Jahre des 18. Jahrhunderts, gegen die wieder lebhaft betriebene Baissespekulation in Wertpapieren, als vermeintliche Ursache des Kursrückganges der Staatsanleihen, gerichtet, erreichten ihren Zweck nicht.

Auch während der ersten Republik ergingen mehrere „Arrêtés" gegen den TH., namentlich in Edelmetallen und Assignaten.[5]) Ein Arrêté vom 27. Prairial des Jahres X, erlassen von dem damaligen Konsul Napoleon, verbot wieder einmal alle Zeitgeschäfte in Fonds. Als dann § 1965 des Code civil Spiel- und Wettschulden für unklagbar erklärte, eine Bestimmung, die erst 1885 außer Kraft gesetzt wurde, subsummierte die Praxis das Termingeschäft unter diese Bestimmung.

Auch in England, wo sich die Fondsspekulation schon zu Ausgang des 17. Jahrhunderts unliebsam bemerkbar machte, schritt der Gesetzgeber wiederholt dagegen ein.

Zum erstenmal gleich nach ihrem Auftauchen. Durch eine Verordnung von 1697 wurden alle Zeitgeschäfte, die auf einen längeren Termin als auf 3 Tage abgeschlossen würden, für nichtig erklärt[6]), jedoch ohne nachhaltigen Erfolg. Ungefähr zur gleichen Zeit, als das Law'sche System die Köpfe in Frankreich verdrehte, wurde in England in den Aktien der 1711 begründeten Südsee-Gesellschaft auf das unsinnigste gespielt. Zahllose kleine Gründungen, hervorgerufen durch die Hoffnung, von der allgemeinen Stimmung profitieren zu können, überschwemmten den Markt mit ihren Papieren, als willkommenen Objekten für die blinde Spekulationswut.

Diese kleinen Schwindler waren es, gegen welche sich die Regierung zuerst wandte, während sie mit dem großen, der „South Sea

[4]) Vgl. Cohn, Zeit- und Diff.-Geschäfte (Conrads Jahrb. f. Nationalökon. u. Stat. 1866, VII S. 400).

[5]) Vgl. D. Kohn, Der Getreide-TH., S. 179.

[6]) Report of the Stock Exchange Commission (1878), Appendix p. 355.

Company", Hand in Hand ging, in dem Wahn, dadurch den Staatskredit am besten festigen zu können. Im Juni 1720 wurde durch ein Gesetz, die sogen. „Bubbles Act", der Handel in den Aktien von „Gesellschaften, die dem Publikum, dem Handel und den übrigen Gewerben zum Schaden gereichten", bei schwerer Strafe verboten, ohne daß man jedoch die gewünschte Wirkung erzielte. Erst nachdem durch die Machenschaften der Südsee-Gesellschaft ein rapider Sturz der Kurse herbeigeführt und damit eine Geldkrise der schlimmsten Art heraufbeschworen worden war, entschloß man sich zu durchgreifenden Maßregeln. Ein von Sir John Barnard eingebrachtes Gesetz von 1734 (Sir John Barnard's Act) verbot

1. bei schwerer Strafe alle Prämiengeschäfte in Fonds,
2. die sogen. „reinen Differenzgeschäfte", und
3. die „Blankoverkäufe".

Der durchschlagende Erfolg, den man sich von ihm erwartet, war auch diesem Gesetz nicht beschieden.[7])

In die Fußstapfen der Sir John Barnard's Act, die, allerdings in beschränktem Umfange, bis 1860 galt, ist die „Leemans Act" von 1867 getreten, welche die Rechtsgültigkeit eines Geschäftes in Bankaktien davon abhängig macht, daß vom Verkäufer beim Geschäftsabschluß ein Nummernverzeichnis der gehandelten Stücke mitgeliefert wird. Da dies im Grunde nichts anderes bedeutet als ein Verbot des Blankoverkaufes von Bankaktien,[8]) sei das Gesetz hier erwähnt.

In Deutschland existiert der TH. erst seit etwa 100 Jahren.

Wieder war es die Fondsspekulation, welche die Gesetzgebung zum Einschreiten veranlaßte. Am 29. Januar 1836 wurden in Preußen alle Zeitgeschäfte in den damals ungemein lebhaft gehandelten, aber äußerst unsicheren spanischen Staatsanleihen verboten. Als sich dann die Spekulation alsbald auf verschiedene andere ausländische Wertpapiere warf, wurden durch Verordnung vom 13. Mai 1840 alle Zeitgeschäfte in ausländischen Wertpapieren überhaupt für ungültig erklärt und den vereidigten Maklern die Vermittlung derartiger Geschäfte bei Strafe der Amtsentsetzung untersagt.

Die „Eisenbahnmanie", welche gleich in den nächsten Jahren Deutschland ergriff, hatte eine dritte Verordnung der preußischen Regierung vom 24. Mai 1844 zur Folge, welche alle Zeitgeschäfte in „Aktienpromessen, Interimsscheinen, Quittungsbogen oder sonstigen, die Beteiligung bei einer Eisenbahnunternehmung beurkundenden, aber vor Berichtigung des vollen auf die Aktien oder Obligationen einzuzahlenden Betrags ausgegebenen Papiere" für null und nichtig erklärte und den vereidigten Maklern die Vermittlung solcher Geschäfte bei Strafe der Amtsentsetzung untersagte. Alle diese Verordnungen hob die preußische Regierung im Jahre 1860 — dem Jahre der Aufhebung der Sir John Barnard's Act — als wirkungslos wieder

[7]) Siehe Näh. Ehrenberg, S. 22. f.
[8]) Ehrenberg a. a. O. S. 140.

auf.[9]) Während der nächsten Jahrzehnte erfolgte in Deutschland nirgends eine gesetzliche Regelung unserer Materie. Wie sehr eine solche not tat, haben die argen Mißstände, die seit Ende der 80er Jahre auf dem Gebiete des Börsenwesens, insbesonders in einigen Zweigen des BTH. zu Tage traten, dem Gesetzgeber nachdrücklich zum Bewußtsein gebracht.

Und wieder griff man zu Repressivmaßregeln.

Um grobe Mißbräuche, wie sie vorgekommen waren, für die Zukunft hintanzuhalten, untersagte das Börsengesetz vom 22. Juni 1896 den TH. in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen, sowie in Getreide und Mühlenfabrikaten. Hiezu fügte der Bundesrat 1899[10]) kraft gesetzlicher Delegation noch das Verbot des TH. in Kammzug.

Diese Verbote, deren Rechtswirkungen im folgenden erörtert werden sollen, sind auch durch die Novelle zum Börsengesetz vom 8. Mai 1908 aufrecht erhalten worden.

I. Kapitel.

Der Begriff des Börsentermingeschäftes.

Zu den Mißgriffen, die der Gesetzgeber bei der Abfassung des IV. Abschnittes des BG. vom 22. Juni 1896 tat, gehört nicht in letzter Linie auch der mißglückte Versuch, den Begriff des BTG. zu definieren.

§ 48 des BG. ä. F. besagte: „Als BTG. in Waren- und Wertpapieren gelten Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine fest bestimmte Lieferungszeit oder mit einer fest bestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die vom Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt."

Mit dieser Legaldefinition hat man nun sehr schlechte Erfahrungen gemacht. Sie wurde zum Ausgangspunkt ungezählter Versuche, gewisse Bestimmungen des Abschn. IV des BG. zu umgehen.

Um nämlich die Qualifikation eines Zeitgeschäftes als BTG. auszuschließen, gab man ihm, ohne an seinem Inhalt etwas zu ändern, eine von der Definition des § 48 mehr oder weniger abweichende Form. Dadurch glaubte man ein Dreifaches zu erreichen:

Erstens wollte man die Anwendbarkeit des § 66 BG. ä. F. ausschließen, der BTG. in einem Geschäftszweig, für welchen nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister eingetragen waren, für unwirksam erklärte.

[9]) Vgl. Ehrenberg a. a. O. S. 129 ff.
[10]) Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 20. IV. 1899.

Zweitens wollte man die sogen. börsenpolizeilichen Bestimmungen des § 51 BG. ä. F. bezüglich des verbotenen und des nicht zugelassenen BTH. umgehen.

Drittens endlich gedachte man so dem Reichsgericht ein Schnippchen zu schlagen, nach dessen Rechtsprechung die sogen. verbotenen BTG. nichtig waren.

Zu diesen Zwecken schlossen nun die einen bei ihren Geschäftsabschlüssen die Geltung der Börsenusancen scheinbar aus und legten dafür „andere", tatsächlich aber nur in einigen mehr oder minder erheblichen Punkten von den offiziellen Usancen abweichende Bedingungen zugrunde. Andere vereinbarten, um ihren Geschäften den Fixcharakter zu nehmen, daß im Falle nicht rechtzeitiger Lieferung dem säumigen Teil eine, jedoch schon im voraus fest begrenzte Nachfrist zu gewähren sei. Wieder andere schlossen[11]) sogen. Konto- (Kassakonto-, Kassakontokorrent-)Geschäfte ab, der Form nach Kassageschäfte, bei denen jedoch kraft Nebenabrede die gegenseitigen Leistungen erst am jeweiligen Monatsschluß zu bewirken sein sollten.

Die Frage nach der rechtlichen Beurteilung solcher Geschäfte ist verschieden beantwortet worden.

Die in der Wissenschaft vorherrschende, auch durch die Motive[12]) und die Verhandlungen der BEK.[13]) gestützte Ansicht[14]) ging dahin, daß in § 48 der Begriff des BTG. erschöpfend definiert sei, ein solches demnach nur vorliege, wenn die gesetzlichen Merkmale des fest bestimmten Lieferungstermins, der Festsetzung der Geschäftsbedingungen durch den Börsenvorstand und der amtlichen Preisfeststellung gegeben seien.

Das Reichsgericht dagegen schob die Definition beiseite, in der Erwägung, daß das BG. „ein Blatt Papier" sei,[15]) wenn man nicht die Ungültigkeitsvorschrift des § 66 auf alle Geschäfte erstrecke, deren äußere Rechtsform sich zwar mit der Begriffsbestimmung des § 48 nicht decke, die sich aber nach ihrem materiellen Inhalt und ihrer wirtschaftlichen Natur und Zweckbestimmung von den der Definition entsprechenden Geschäften in nichts unterschieden,[16]) sich also wirtschaftlich als Surrogate der BTG. darstellten.

Dieser Standpunkt des RG. kam im einzelnen in folgenden Entscheidungen zum Ausdruck:

Durch das Urteil vom 12. Oktober 1898 (RG. 42/43) wurden Effektenzeitgeschäfte als BTG. behandelt, obwohl sie nicht nach dem vom Börsenvorstand für den TH. festgesetzten Bedingungen ge-

[11]) Namentlich an den Berliner Maklerbanken.

[12]) Die Motive erklären S. 47, daß die Legaldefinition „die Grundlage für die nachfolgenden Bestimmungen" sein soll.

[13]) Vgl. Protokolle der BEK. S. 336: Nach diesen wollte man eine erschöpfende und zweckmäßige Definition des Begriffs „Termingeschäfte" geben.

[14]) Literatur s. w. unten an geeigneter Stelle.

[15]) RG. 44/113 (28. X. 1899).

[16]) E. v. 28. X. 99; 44/105.

schlossen waren. Am 25. Oktober 1899 (RG. 44/103) wurde mit Bezug auf die nach den Bedingungen der Darmstädter Bank abgeschlossenen handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte die Gewährung einer zweitägigen Nachfrist als mit dem Begriff des BTG. vereinbar erklärt. Nach der Entscheidung vom 1. Dezember 1900 (RG. 47/104) sollte es unerheblich sein, ob für die fraglichen Geschäfte eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt sei, und ein Urteil vom 27. Juni 1899 qualifizierte die sogen. Kassakontokorrentgeschäfte gleichfalls als BTG.[17])

Diese Rechtsprechung des RG. wurde in der Literatur[18]) als ungesetzlich fast einstimmig energisch bekämpft. U. E. mit Recht. Sicherlich ist die ideale Rechtsprechung diejenige, die nicht sklavisch am Buchstaben klebt, sondern in sinngemäßer Auslegung und Anwendung des Gesetzes der ratio legis zum Sieg über einen etwaigen Mangel im Ausdrucke verhilft. Die Ansicht des RG. konnte man aber doch nicht mit diesem als „extensive Interpretation" bezeichnen, nachdem sie von der „auszulegenden" Norm überhaupt nichts bestehen ließ.

Diesem Streit ist nun durch die Novelle vom 8. Mai 1908 der Boden entzogen worden. Man hat die Unstimmigkeit zwischen dem Wortlaute des Gesetzes und der oberstrichterlichen Rechtsprechung beseitigt, indem man die Legaldefinition abschaffte und die Qualifikation eines Geschäfts als BTG. von Fall zu Fall der Rechtsprechung überließ.

Bezüglich der Zweckmäßigkeit dieser Maßnahme sind die Meinungen geteilt. Laband[19]) und Heinemann[20]) beklagen das Fehlen von gesetzlichen Begriffsmerkmalen. Die mit dem § 48 BG. ä. F. gemachten Erfahrungen sprechen jedoch dringend dafür, daß der Standpunkt der Novelle der richtige ist.[21]) Die Unterlassung einer Neu-Definition begründen die Motive[22]) nicht gerade überzeugend wie folgt:

„Die Begriffsbestimmung des BTG., wie sie in § 48 des geltenden Gesetzes enthalten ist, hat sich als unzureichend erwiesen. Ein BTH. benötigt weder Geschäftsbedingungen, die von

[17]) Günstiger ist dem Kontogeschäfte die neuere Rspr. (RG. 59/323, 66/91) s. unten.

[18]) Goldmann-Lilienthal, BGB. 2. Aufl. I S. 33 Anm.; Cosack, Handelsr. 5. Aufl. S. 399; Keyssner in Goldschm.Zschr. 34/594 und 595 u. Anm. 2 auf S. 595; Lehmann in Lehmann-Ring, Komm. z. HGB. II S. 144; Laband i. d. DJZ. 5. Jg. S. 334/5; Staub i. Komm. z. HGB. 5. u. 7. Aufl., Exkurs zu § 376 S. 1325/39; Staub, der Begr. d. BTG. S. 63; Adler, Archiv f. bürg. R., Bd. 17 S. 146; Apt, das BG. u. s. Reform S. 22 u. v. a.; s. a. Riesser, die Notwendigkeit e. Revision d. BG. v. 22. VI. 96/1. I. 97 (Volkswirtschaftl. Zeitfragen, Heft 185/6, Berl. b. Simion 02 u. d. S. 20 dortselbst zitierte Literatur.

[19]) Bankarchiv, Bd. VII S. 83 ff.

[20]) Die Aufhebung der Legaldefinition des BG.; Hldh. 17. Jhrg. S. 38 ff.

[21]) So auch Wildhagen in der DJZ. Bd. XII Sp. 1275 ff., sowie Merzbacher „Die Reform des BG." im Recht XII. Jhrg. Sp. 190.

[22]) Begründung z. Entw. v. 22. XI. 07, S. 19.

dem Börsenvorstand für den TH. festgesetzt sind, noch die amtliche Feststellung von Terminpreisen; ja es scheint nicht einmal unbedingt erforderlich zu sein, daß die Geschäfte auf eine fest bestimmte Lieferungszeit oder mit einer fest bestimmten Lieferungsfrist geschlossen werden. In die Neufassung des Gesetzes kann diese Begriffsbestimmung nicht wieder aufgenommen werden. Es könnte nur die Aufstellung einer neuen Begriffsbestimmung in Frage kommen .... die Erfahrung hat gelehrt, daß dem BTG. nicht bestimmte Geschäftsformen eigentümlich sind, die es scharf von anderen Geschäften unterscheiden. Das Zeitgeschäft kann vielmehr der technischen Funktion des TH. in den mannigfachsten Formen dienstbar gemacht werden. Der Beweglichkeit des Handels wird es unschwer gelingen, neue Formen ausfindig zu machen, wenn dem gesetzlichen Begriff des BTG. bestimmte Formen zugrunde gelegt werden.....

Andererseits ist es nicht ausgeschlossen, daß ein gewöhnliches Zeitgeschäft in Formen zum Abschlusse gelangt, deren sich auch der BTH. bedient .... ebensowenig wäre es berechtigt, das Kennzeichen in der Art zu suchen, wie das einzelne Geschäft zur Abwicklung gelangt .... auch BTG. werden vielfach unmittelbar zwischen beiden Vertragsschließenden durch Lieferung der Waren und Zahlung des Kaufpreises erfüllt, während andererseits gewöhnliche Zeitgeschäfte gemäß dem § 376 Abs. 1, 2 HGB. durch Vergütung des Unterschiedes zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Börsen- oder Marktpreis zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung oder in der Weise abgewickelt werden, daß eine Partei ihre Verpflichtung auf ihre Rechnung und Gefahr durch einen Dritten erfüllen läßt. ....

Die Gerichte haben es bisher vermocht, auch ohne gesetzliche Begriffsbestimmung das Wesen des BTG. zutreffend zu erfassen. Es würde die Durchführung des Gesetzes gefährden, wenn der Rechtsprechung für die Beantwortung der Frage, ob ein BTG. vorliegt, nicht freie Hand gelassen würde. Denn nur bei völliger Freiheit wird die Rechtsprechung in der Lage sein, den wechselnden Formen des Handels zu folgen."

Nun also das Gesetz eine Definition des BTG. nicht gibt, muß versucht werden, eine solche auf wissenschaftlichem Wege zu konstruieren.

Hiebei sind zwei Gesichtspunkte maßgebend:[23])

in erster Linie die Judikatur des Reichsgerichts, wie sie sich unter der Herrschaft des BG. ä. F. entwickelt hat und wie sie durch die Begründung zum Entwurf vom 22. November 1907 ausdrücklich gutgeheißen wurde,

neben dieser aber auch die Formen des sogen. offiziellen BTH. gemäß § 50 Abs. 2.

Bei Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ergeben sich folgende Begriffsmerkmale des BTG.:

---

[23]) Vgl. Nußbaum a. a. O. Vorbemerkung z. IV. Abschnitt Abs. 48.

Die BTG. sind

I. Kaufgeschäfte.

§ 48 des BG. ä. F. sprach im Anschlusse an den Wortlaut der Tarifnummer 4 b des Reichsstempelgesetzes vom 27. April 1894[24]) von „Kauf- oder sonstigen Anschaffungsgeschäften". Letzterer Zusatz ist jedoch gegenstandslos, da es andere BTG. als Kaufgeschäfte nicht gibt. Schon hier sei ausdrücklich betont, daß die BTG. sich juristisch als einwandfreie Kaufgeschäfte darstellen.[25]) Zweifellos ist der Wille der Kontrahenten dabei auf Erwerb bezw. Veräußerung von Waren oder Wertpapieren gegen Entgelt gerichtet. Das Motiv,[26]) aus welchem ein solcher Kaufvertrag zustande kommt, ist für seine rechtliche Beurteilung ohne jede Bedeutung. Es ist also gleichgültig, ob der Zweck des Geschäftes der dauernde oder der vorübergehende Besitz des Kaufgegenstandes ist, ob letzterer, wie dies insbesondere bei Wertpapieren häufig der Fall sein wird, zur festen Anlage bestimmt ist, oder nur behufs Erzielung eines Gewinnes durch Weiterveräußerung vorübergehend, also zum Zwecke der Spekulation erworben wird.[27])

Auch der Umstand, daß bei der Abwickelung der BTG. die Effektiverfüllung regelmäßig dennoch erspart bleibt, vermag an ihrer Kaufnatur nichts zu ändern, denn „die Möglichkeit[28]) die Abnahme zu ersparen, macht den Kauf noch nicht zu einer inhaltsleeren Form, so daß nichts als die Verpflichtung zur Differenzzahlung übrig bliebe". Daß die effektive Lieferung und Abnahme unterbleibt, liegt eben nicht am Inhalt des Vertrages, sondern lediglich an der praktischen Einrichtung des Liquidationsverfahrens.

Wie aber, wenn die Kontrahenten nicht Waren oder Wertpapiere erwerben bezw. veräußern, sondern lediglich die Differenz zwischen dem Abschlußpreis und dem Börsen- oder Marktpreis des Stichtages gewinnen wollen?

Bildet die Zahlung der Preisdifferenz laut ausdrücklicher Vereinbarung den alleinigen Inhalt des Vertrages, so liegt ein sogen. reines Differenzgeschäft vor. Kommt jedoch die Absicht der Parteien nicht klar zum Ausdruck, ist der Vertrag vielmehr in die Form eines TG. gekleidet, so handelt es sich um ein sogen. verschleiertes Differenzgeschäft.

[24]) Neufassung v. 3. I. 06.

[25]) Ebenso Kahn a. a. O. S. 226; Apt a. a. O. S. 161; Trumpler, DG. nach BGB. u. BG.; Goldschm.Zschr. Bd. 50 S. 400; Bretzfeld, Beitr. z. Recht des DG, S. 9; Bendixen, die Einrede des reinen DG. u. die Rechtspr. d. RG.; Hldh. IV/102; s. auch Motive z. BGB.: „Der Auffassung, daß solche Geschäfte wahre DG. seien, stand der Umstand entgegen, daß am Stichtage der Käufer wirklich Lieferung verlangen, der Verkäufer solche bewirken kann, und daß der erwähnte regelmäßige Erfolg (die Regulierung durch Differenzzahlung) seinen wesentlichen Grund in der Eigentümlichkeit aller TG. hat". Wiener, das DG. v. Standp. der jetzigen Rechtspr. S. 36 u. 37; Gareis, HR., 7. Aufl. S. 378.

[26]) Vgl. Kahn a. a. O. S. 226.

[27]) RG. in JW. 1903, S. 38 Nr. 5.

[28]) Wiener a. a. O, S. 39.

Beide Arten von Geschäften (Unterarten des sogen. eigentlichen TG., TG. im Rechtssinn)[29]) kommen, wie in der Literatur[30]) fast allgemein anerkannt wird, weder an noch außerhalb der Börse mehr vor.

Dagegen vertritt das RG. hartnäckig die irrige Ansicht, daß die spekulativen Zeitgeschäfte besonders im Kommissionsverkehr zwischen Bankier und Kunden vielfach derart abgewickelt werden, daß der verlierende Teil an den gewinnenden die Differenz zwischen dem Abschlußkurs und dem Kurs des Stichtages bezahlt. (Hierüber siehe näheres in Kapitel II dieser Abhandlung.)

Das BTG. ist ferner

II. Zeitgeschäft.

Wie schon sein Name sagt, ist es erst an einem in der Zukunft liegenden Termin zu erfüllen. Dadurch unterscheidet es sich von den Geschäften, die auf sofortige Effektivlieferung, Zug-um Zug gehen, im Effektenverkehr Kassageschäfte, im Produktenhandel gewöhnlich Lokogeschäfte genannt. Was unter „sofortiger Lieferung" zu verstehen ist, wird jeweils durch die betreffende Börsenordnung bestimmt. So verlangen die Usancen der Berliner Fondsbörse und der Frankfurter Mittagsbörse,[31]) daß noch am Tage des Geschäftsabschlusses erfüllt wird, während an der Frankfurter Abendbörse, der Hamburger Wertpapierbörse und der Börse in Hannover[32]) der nächste Werktag, an der Münchener Börse[33]) der zweitnächste Werktag als Erfüllungstag gilt.

Die Geschäfte „per morgen" oder „per einige Tage", welche in den Usancen gleichfalls als Kassageschäfte bezeichnet werden, sind zwar rechtlich Zeitgeschäfte, aber keine BTG., weil[34]) und insoferne sie mit der Nachfristklausel behaftet und der Lieferungstag bezw. die Lieferungsfrist nicht durch die Usancen kalendermäßig bestimmt wird.[35])

Einer der Wege, auf dem man das alte BG. zu umgehen suchte, war nun auch der, daß man Kassageschäften durch gewisse Neben-

[29]) S. unten.

[30]) So Kahn a. a. O. S. 226; Apt a. a. O. S. 161; Saling I, 1903 S. 301; Hemptenmacher a. a. O. § 58 Anm. 1 S. 199, § 68 Anm. 2 S. 227. Namentlich auch Trumpler, d. DG. nach dem BGB. und nach dem BG. in Ztschr. f. ges. HR. Bd. 50 S. 405 u. die dort zit. reiche Literatur. Ebenso 4. Beschl. des 1. Allg. Bankiertages: „Der Bankiertag erklärt auf Grund seiner Sachkenntnis, daß das reine DG. i. S. des § 764 BGB., in welchem Gegenstand des Vertrages lediglich die Differenz zwischen dem vereinbarten Kurs und dem Kurs des Stichtages (Liquidationskurs) ist, an deutschen Börsen nicht vorkommt, und daß die in der Judikatur wie folgt formulierte Annahme: „Die kommissionsweise Ausführung von BTG. erfolgt regelmäßig ohne Abschluß mit einem Dritten" den Tatsachen nicht entspricht". Vgl. Bank-Arch. Bd. 2/13, a. M. scheinbar Staub, Nachtr. S. 62.

[31]) S. Fondsbörsenbedingungen f. Berlin § 13, ditto f. Frankf. § 3.

[32]) Fondsbörsenbedingungen f. Frankf. § 3, Hamburg, Allg. Best. f. d. H. mit Wertp. III/I, Hannover, Usancen VI.

[33]) BO. § 43.

[34]) Nußbaum, Vorbem. z. IV. Abschn. Abs. 52.

[35]) S. Abschn. III u. IV. dieses Kapitels.

abreden den Inhalt von Zeitgeschäften gab. Man schloß zwar per Kassa ab, vereinbarte jedoch, daß die Erfüllung bis zum Ultimo hinausgeschoben sein sollte. Daher die Bezeichnung dieser Geschäfte als „Ultimogeschäfte".

Das RG. steht auf dem Standpunkt, daß die Entscheidung, ob ein bis Ultimo gestundetes Kassageschäft als TG. anzusehen ist, sich als Tatfrage darstellt.[36]) Auf jeden Fall hält das RG.[37]) ein TG. für gegeben, „wenn zwischen dem Kunden und der Bank allgemein für die zwischen ihnen abgeschlossenen „Kassa"-Geschäfte, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, vereinbart wurde, daß immer nur für den Letzten des Monats validierende Abrechnungen gegeben werden sollten".

Hierin muß, wie das RG. mit Recht annimmt, „in der Regel die Abmachung erblickt werden, daß die gekauften oder verkauften Papiere stets nur am Letzten des Monats geliefert werden, die Geschäfte also der Form nach Kassageschäfte, in Wahrheit aber TG. sein sollten".

Eine besonders hervorzuhebende Art des Ultimogeschäftes ist das Konto-(Kontokorrent-, Kassakontokorrent-) Geschäft. Dieses unterscheidet sich vom gewöhnlichen Ultimogeschäft praktisch hauptsächlich dadurch, daß bei ihm Stückzinsen jeweilig bis Ultimo berechnet werden, bei jenem dagegen nur bis zum Anschaffungstag.[38])

Das RG. hat solche Geschäfte mehrfach als Kassageschäfte behandelt.[39]) Dagegen hat es am 12. Dez. 1899[40]) ein Kassakontogeschäft mit der Klausel, jeder Teil solle berechtigt sein, durch eine sofort nach Abschluß abzugebende Erklärung die Hinausschiebung der Erfüllung auf Ultimo zu verlangen, zutreffend als bedingtes Zeitgeschäft qualifiziert. Um zu bewirken, daß das Geschäft nicht als Kassageschäft, sondern als Zeitgeschäft abgewickelt wird, braucht ja nur einer der Kontrahenten von seiner Befugnis, die Hinausschiebung der Erfüllung zu verlangen, Gebrauch machen. Bezüglich der Prolongation solcher Ultimogeschäfte war für das RG. ausschlaggebend, ob sie unter Zugrundelegung des ursprünglichen Anschaffungspreises (des Kassakurses des Anschaffungstages), oder aber des Liquidationskurses erfolgt war.

Im ersteren Fall wurde die Prolongation nicht als neues Geschäft, sondern als einfache Stundung des ursprünglichen Engagements aufgefaßt[41]), während sie im zweiten Fall als BTG. behandelt wurde.[42])

[36]) So ausdr. RG. (12. V. 05) Hldh. 238.
[37]) RG. (4. XI. 05) BA. V/85 f.
[38]) S. Näh. Nußb. Vorb. Abs. 53 f.
[39]) RG. 66/91, 59/323. Ungünstiger war d. Kassag. d. ält. Judikatur. Vgl. hiezu RG. 44/115, 58/367, auch 45/68.
[40]) RG. 45/68.
[41]) Vgl. BA. Bd. V/190.
[42]) RG. 66/91 (27. IV. 07).

III.

Das BTG. ist also Zeitgeschäft; andererseits aber ist keineswegs jedes auf Zeit geschlossene Börsengeschäft ein BTG.

Schon in Abschnitt II dieses Kapitels wurde ausdrücklich hervorgehoben, daß die von uns als Zeitgeschäfte im Rechtssinn bezeichneten Kassageschäfte „per morgen" oder „per einige Tage" nicht als BTG. zu erachten sind, und zwar deswegen, weil sie mit der Nachfristklausel behaftet, mithin keine Fixgeschäfte sind.

Keine BTG.[43]) sind auch aus demselben Grunde die Geschäfte nach dem sogen. Berliner Schlußschein,[44]) die in der Reichsstempel-Ges.-Nov. vom 14. Juni 1900 Tar.-Nr. 4 b Abs. 2, wo das nach börsenmäßigen Usancen geschlossene „Zeitgeschäft" in Waren von dem BTG. unterschieden wird, ihre erste gesetzliche Anerkennung gefunden haben und nunmehr durch § 67 der Novelle von 1908 endgültig sanktioniert sind.[45])

Damit also ein börsenmäßiges Zeitgeschäft ein BTG. ist, muß es ein

Fixgeschäft

sein.[46])

Ein solches liegt dann vor,[47]) wenn ein Handelskauf geschlossen ist und bei diesem Kaufgeschäfte die Leistung des einen[48]) Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll.

Der Begriff des Fixhandelskaufes (von jeher kurz Fixgeschäft genannt) schließt also in sich, daß ein Geschäft

I. Kaufgeschäft,

II. Zeitgeschäft[49]) und

III. die Leistungszeit genau bestimmt ist,

wobei nach der ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Abrede die Erfüllungszeit ein derart wesentlicher Bestandteil des Geschäftes sein soll, daß mit ihrer Innehaltung und Verabsäumung das Geschäft

---

[43]) Wie sie Hemptenmacher z. B. in Anm. 3, 4 u. 7 z. § 67 unzulässiger Weise nennt. Wie hier Kahn, Anm. 4 zu § 67. Apt, Anm. 5 zu § 67, Nußbaum § 67 V.

[44]) S. Näh. hierüber Nußbaum, Einl. Kap. II c.

[45]) Vgl. Nußb. A. 1 z. § 67. Falsch ist die Ansicht Staubs (Nachtr. A. 194), daß es „vor dem 1. VI. 08 eine solche Handelsform nicht gegeben" habe. Staub verwechselt eben den Berl. Schlußsch. mit dem f. d. Effektenbörse bestimmten Schlußschein der Darmstädter Bank.

[46]) Ebenso Nußbaum. Vorb. Abs. 56; Hemptenmacher A. 8 z. § 67; Kahn. S. 227; Neukamp in SBlfR. 08 S. 596 u. die dort zit. Lit.; and. Meinung Staub Nachtr. Anm. 9 entgegen seiner früh. Ansicht (vgl. Exk. Anm. 5).

[47]) Staub Exk. Anm. 1.

[48]) Meist kommen die Fixhandelskäufe in der Form vor, daß die beiden Leistungen fix vereinbart u. beide an demselben Stichtage Zug um Zug zu bewirken sind (Staub, Exk. Anm. 2).

[49]) Soll die Leistung sofort bei dem Vertragsabschluß oder gleich nachher erfolgen, so liegt kein Fixg. vor (ROHG. 20/236); vgl. auch Staub Exk. Anm. 3.

stehen und fallen, eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden soll.[50])

Nach dem unter I und II Gesagten erübrigt nur noch darzutun, daß auch Punkt III auf das BTG. zutrifft.

Wenn aber irgendwo, so ist, wie Neukamp a. a. O. zutreffend sagt, gerade im BTH. mit Rücksicht auf die beständigen Preisschwankungen, denen die gehandelten Waren und Wertpapiere unterworfen sind, die schärfste Präzisierung der Leistungszeit für die Beteiligten von größtem Interesse.[51])

Deshalb ist bei dem BTG., selbst wo die sub III bezeichnete, von § 376 HGB. für das Fixgeschäft verlangte Abrede nicht ausdrücklich getroffen wurde, doch jederzeit eine diesbezügliche stillschweigende Vereinbarung der Parteien anzunehmen.

Die beiden Faktoren, die für die Bestimmung des Begriffes des BTG. nach geltendem Recht in Betracht kommen, sowohl die Rechtsprechung des RG. als auch die tatsächliche Gestaltung des Börsenhandels, sprechen denn auch dafür, den Fixcharakter nach wie vor als wesentliches Merkmal des BTG. anzusehen.[52])

In seiner Entscheidung vom 25. Okt. 1899 (44/103) hat das RG. ein Geschäft nach dem Schlußschein der Darmstädter Bank,[53]) nach welchem der nichtsäumige Teil, falls er Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern wollte, dem säumigen auf Verlangen eine zweitägige Nachfrist gewähren mußte, als BTG. behandelt, weil derartige Geschäfte „den Fixgeschäften des § 48 völlig gleichwertig" seien.

In den Gründen heißt es: „Damit (nämlich mit der Nachfristgewährung, A. d. Verf.) sind die Geschäfte äußerlich zwar des Charakters des Fixgeschäftes .... entkleidet, aber auch nur äußerlich. Die Nachfrist .... ist nicht die den Umständen angemessene[54]) Frist zur Nachholung des Versäumten im Sinne des Art. 356 HGB.; von solcher, den Umständen angemessener Frist ist bei Ultimogeschäften in Wertpapieren an der Börse überhaupt nicht zu reden; die Natur solcher Geschäfte läßt eine Nachfrist dieser Art überhaupt nicht zu[55]); die Voraussetzung, an welche der Artikel 356 HGB. die Pflicht zur Gewährung der Nachfrist knüpft, liegt nicht vor ....; die ein für allemal fest bestimmte Nachfrist von zwei Börsentagen führt zu weiter nichts als dazu, daß, wenn sie gefordert wird, das Geschäft von Ultimo auf den dritten Börsentag nach Ultimo fix prolongiert wird."

---

[50]) Staub, Ex. Anm. 4.

[51]) Vgl. Nußbaum Vorb. Abs. 56 a. E.; Hemptenmacher Anm. 8 zu § 67.

[52]) Vgl. Nußbaum Vorb. Anm. 48.

[53]) Das Schema kam seit der in Rede stehenden Entsch. außer Gebrauch, vgl. Nußbaum S. 315, Fußn. 1.

[54]) Die Kürze der Nachfrist schließt deren Angemessenheit nicht aus (RG. 23. X. 08 BA. VIII/78).

[55]) Vgl. Nußbaum Vorb. Abs. 56 a. E.

Als eigentlichen Fixtermin sah also hier das RG. den Ablauf der Nachfrist an. Diese Auffassung beruht zwar[56]) auf einem Irrtum. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß für das Gericht der Fixcharakter des fraglichen Geschäftes für seine Qualifikation als BTG. maßgebend war.

Des weiteren hat das RG. durch eine Entsch. vom 23. Okt. 1908[57]) die Geschäfte nach dem Berliner Schlußschein mit Rücksicht auf die in diesem enthaltene, ernstlich gemeinte, dem Geschäft also den Fixcharakter nehmende Nachfristklausel den Vorschriften über den BTH. entzogen.[58])

Nicht minder schwer als die reichsgerichtliche Rechtsprechung fällt ferner für die Qualifikation der BTG. als Fixgeschäfte die Tatsache ins Gewicht, daß der nach § 50 BG. offiziell zugelassene BTH. durchweg Fixhandel ist.[59])

IV.

Das alte BG.[60]) verlangte als Begriffsmerkmal des BTG., daß es nach den vom Börsenvorstand für den TH. festgesetzten[61]) Geschäftsbedingungen geschlossen war.

Demgegenüber hat das RG. in der Entsch. vom 28. Okt. 1899[62]) die Einhaltung der offiziellen Usancen für unerheblich erklärt. „Dadurch, daß an die Stelle der Usancen andere allgemeine Bedingungen treten, ist also die Anwendung des BG. nicht ausgeschlossen. Die darnach geschlossenen Geschäfte gewinnen denselben allgemeinen, schablonenhaften, der Individualität des Einzelgeschäftes entbehrenden Charakter, der den in § 48 BG. formulierten BG. eigen ist."

Dem BTG. wesentlich ist also nach geltendem Recht Abschluß unter

typischen, börsenmäßigen[63]) (offiziellen oder inoffiziellen) Bedingungen,

insbesondere typischer, börsenmäßiger Bestimmung von Lieferungszeit, — quantität und — qualität.

---

[56]) Näh. hierüber s. b. Stehle, die Rechtslage des BTG. 05 S. 35.

[57]) BA. VIII/78.

[58]) Vergl. auch E. v. 27. IV. 09, Recht 09 Nr. 1937.

[59]) Vgl. z. B. Fondsbörsenbedingungen f. Berlin § 16, Frankf. § 15, Hamb. Allg. Bed. f. d. H. m. Wertp. XII (Jürgens 119), über WTH. Jürgens S. S. 199, 217, 234.

[60]) In § 48.

[61]) Vgl. auch d. E. E. 42/43 u. 44/103.

[62]) RG. 50/113 u. 114.

[63]) Daß es börsenmäßige Bedingungen sein müssen, ergibt sich ganz selbstverständlich aus der Natur der BTG. als Börsengeschäfte. Niemals liegt also ein BTG., weil kein BG. vor, wenn nicht nach börsenm. Bedingungen, sondern nach allg. Handelsgebräuchen, Ortsgebräuchen oder den im Massengüter-Großhandel vielfach üblichen typischen Vertragsformularen abgeschlossen ist; vgl. Nußbaum Vorb. Abs. 50, auch Kahn A. 5 zu § 50 a. a. O.

Jede Individualisierung hinsichtlich eines dieser drei Punkte nimmt dem Geschäft den Charakter des BTG.

Warenzeitgeschäfte nach Probe[64]), sowie Effektenzeitgeschäfte[65]) mit nicht usancemäßig feststehender, sondern jeweils besonders verabredeter Lieferungszeit sind daher niemals BTG., ebensowenig wie die Geschäfte „per morgen" oder „per einige Tage".[66])

Zwar macht sich auch sonst im Handel das Bestreben bemerkbar, im Interesse der Vereinfachung des Geschäftsverkehrs typische Abschlußbedingungen zugrunde zu legen. Demgegenüber erhält das BTG. seine Besonderheit durch die Beziehung zu einem bestehenden Terminmarkt, auf dem jederzeit ein völlig gleiches Geschäft abgeschlossen werden kann, so daß der Spekulant seine Spekulation im günstigen Moment leicht zu realisieren vermag, und auf dem sich für solche Geschäfte Preise und Usancen bilden, welche die gleichzeitige Abwickelung größerer Mengen von Geschäften im Wege der Überweisung und Verrechnung ermöglichen.[67])

Ein solcher Terminmarkt wird sich regelmäßig an einer Börse (oder wenigstens in Anlehnung an eine solche) bilden, wo sich Angebot und Nachfrage in dem erforderlichen Maße zusammenfinden und auch die Voraussetzungen für die Skontration gegeben sind.[68])

Nur solche Geschäfte, für welche ein derartiger Terminmarkt besteht, sind nach der ständigen Rechtsprechung des RG.[69]) als BTG. zu erachten. Keine solchen sind dagegen diejenigen Geschäfte, für welche zwar ein Markt, vielleicht sogar ein Terminmarkt existiert, der aber ohne jede Beziehung zum Börsenverkehr steht.

V.

Als weiteres Begriffsmerkmal des BTG. verlangte das alte BG., daß „für die an der betreffenden[70]) Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgte".

In der Entscheidung vom 1. Dez. 1900[71]) hat das RG. dieses Erfordernis fallen gelassen, dagegen bezeichnet es zutreffenderweise als dem BTG. wesentlich, daß das Geschäft mit Rücksicht auf einen Börsenpreis abgeschlossen worden ist.

[64]) Vgl. Nußbaum Vorb. Abs. 58; Hemptenmacher A. 2 zu § 67.
[65]) Vgl. Nußbaum Vorb. A. 58.
[66]) S. o. S. 17 dieser Abhandlung Note 35.
[67]) Begründung z. Entw. v. 22. XI. 07 S. 19.
[68]) Vgl. auch Begründg. 07 S. 19.
[69]) Entschgen. v. 4. XII. 01 JW. 02. S. 141 Nr. 68. v. 12. VII. 02 JW. 02 S. 447 Nr. 18 u. BA. II/29 u. 30, v. 27. XI. 02 RG. 52/178.
[70]) Gemeint ist diejenige Börse, nach deren offiz. Usancen das Geschäft geschl. ist.
[71]) RG. 47/104.

Ob dieser Börsenpreis ein Termin- oder ein Kassapreis ist, ist gleichgültig.[72]) In letzterem Falle kann allerdings ein BTG. nur vorliegen, wenn für die betreffenden Waren oder Wertpapiere ein besonderer Terminmarkt existiert, sei es a n der Börse oder nur in Anlehnung an sie. Denn gerade der allgemeine, schablonenhafte Charakter, die typische Form, auf welche das RG. in der Entsch. vom 28. Okt. 1899 das entscheidende Gewicht legt, fehlt den Geschäften naturgemäß dann, wenn für sie ein Markt nicht existiert, d. h. nicht in typisch wiederkehrender Weise Geschäfte gerade dieser Art an einem solchen Geschäftsabschlüssen dienenden Ort zustande kommen.[73])

Nicht kann also ein Geschäft als BTG. bezeichnet werden, wenn sich der Abschluß nicht auf Grund eines Börsenpreises, sondern eines Marktpreises vollzogen hat, der sich durch Angebot und Nachfrage im freien Verkehr gebildet hatte.[74])

Ein solcher Börsenpreis muß also dem Abschlusse des Geschäftes z u g r u n d e gelegt sein.

Dies hat das RG.[75]) ausdrücklich ausgesprochen, und dies will es in der von Nußbaum[76]) unrichtig zitierten Entsch. vom 27. September 1902[77]) mit den mehrfach gebrauchten Worten „n a c h einem Börsenpreis“ sagen. Das RG. hat nie behauptet, daß die BTG. „z u einem Börsenpreis geschlossen werden müssen“, wie Nußbaum zitiert.

Es hat vielmehr[78]) klipp und klar erklärt, daß „eine vollkommene Übereinstimmung des Abschlußpreises mit dem Börsenpreis nicht erforderlich“ ist, sondern daß es genügt, wenn letzterer für die Bildung des ersteren auch nur „als Anhalt gedient hat“.

Nach all dem Gesagten läßt sich nun das BTG.[79]) definieren als F i x g e s c h ä f t, a b g e s c h l o s s e n ü b e r W a r e n o d e r W e r t p a p i e r e n a c h t y p i s c h e n, b ö r s e n m ä ß i g e n B e d i n g u n g e n u n t e r Z u g r u n d e l e g u n g e i n e s B ö r s e n p r e i s e s.

[72]) RG. 52/180 (27. IX. 02).
[73]) Vgl. Neukamp SBlfR. 08 S. 597.
[74]) RG. 41/104, 47/107, 52/181, JW. 02 S. 594 Nr. 22.
[75]) RG. 47/112.
[76]) a. a. O. Vorb. A. 59.
[77]) RG. 52/180.
[78]) JW. 06 S. 147, 25.
[79]) Daß ein BTG. weder im Börsengebäude noch zur Börsenzeit abgeschlossen zu sein braucht, ist selbstverständlich; festgestellt wurde dies überflüssiger Weise durch die RGEE. v. I. XII. 00 (47/104) und 18. X. 07 (JW. 638).

II. Kapitel.

Das Differenzgeschäft.

Der Begriff des DG. ist ein zwiespältiger. Man hat scharf zu unterscheiden:

a) das eigentliche DG., auch DG. im engeren Sinne, oder, weil von der Gesetzgebung und juristischen Literatur[80]) als DG. angesprochen, DG. im Rechtssinn genannt.

Es hat wieder zwei Unterarten:

1. das sogen. reine DG.: dieses liegt dann vor, wenn zwei Parteien einen Vertrag schließen, nach dessen alleinigem Inhalt der verlierende Teil an den gewinnenden die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis einer Ware und dem Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit bezahlen soll;

2. das sogenannte verschleierte DG.: dieses ist gegeben, wenn formell zwar ein Fixgeschäft abgeschlossen, die Effektiverfüllung jedoch dabei ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen wird, so daß der eigentliche Vertragsinhalt derselbe ist wie beim reinen DG.;

b) das uneigentliche DG., auch DG. im weiteren Sinne oder DG. im wirtschaftlichen Sinne: dies sind Lieferungsgeschäfte, in der Absicht geschlossen, bis zur Lieferungszeit die gekaufte Ware teurer weiter zu verkaufen oder die verkaufte billiger einzukaufen, um so die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis zu gewinnen.

In diesem Sinne definieren das DG. insbesondere volkswirtschaftliche Schriftsteller, wie Lexis,[81]) Saling,[82]) Bayerdörfer,[83]) Struck,[84]) Kohn,[85]) Ehrenberg,[86]) Schanz[87]) u. a.

Es ist also ein doppelter Unterschied zwischen dem eigentlichen und dem uneigentlichen DG. nachdrücklich hervorzuheben:

1. die zu gewinnende Differenz ist
   a) beim eigentlichen DG. die Differenz zwischen dem Vertrags- und Lieferungspreis,
   b) beim uneigentlichen DG. die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis;

[80]) Mit wenigen Ausnahmen.
[81]) In Schönbergs Handb. d. polit. Ök. 4. A. Bd. II, 2. Halbbd. S. 255 ff.
[82]) Börsenpapiere I. Teil, Die Börse und d. Bge. 1903 S. 301.
[83]) Der Kaffee-TH. i. Jahrb. f. Nat. u. Stat. 56/857.
[84]) Effektenbörse i. Schmoller's Forschungen III/59 u. i. Conrads Hwb. der Staatsw. I/687.
[85]) Getreide-TH. S. 154.
[86]) Börsenwesen, Conrads HWB. d. Staatsw. 2. Aufl. II/1036.
[87]) Börsenwesen in Elsters Wörterbuch d. Volkswirtschaft I/423.

2. die Gewinnung der Differenz ist:
   a) beim eigentlichen DG. das Resultat eines einzigen Rechtsgeschäftes, dessen mit oder ohne Umwege vereinbarten Endzweck sie darstellt;
   b) beim uneigentlichen DG. dagegen stellt sich die Differenzzahlung als vereinfachte Erfüllung zweier Rechtsgeschäfte, des Spekulations- und des Realisationsgeschäftes uno actu dar.

Über die rechtliche Natur der DG., namentlich der sogen. eigentlichen DG., bestand in der Literatur lange Zeit lebhafter Streit. Während einzelne das eigentliche DG. unbedenklich als rechtsgültiges Geschäft anerkannten, sei es, daß sie es als Kauf,[88]) oder als contractus sui generis[89]) betrachteten, sah es die Mehrzahl der Schriftsteller als Spielvertrag an.[90]) Letzterer Ansicht schloß sich auch die Praxis des ROHG. und darnach die des RG. an. Durch § 764 BGB. hat sie ihre gesetzliche Sanktion erhalten.

Daß bei einem eigentlichen DG. von einem Kauf keine Rede sein kann, ist ohne weiteres klar; denn beim verschleierten DG., dem Fall, der hier überhaupt nur in Frage kommen kann, ist der Kaufvertrag nur simuliert, die rechtlichen Wirkungen des Kaufabschlusses werden durch Nebenabrede paralysiert.

Aber auch die Qualifikation des eigentlichen DG. als Spiel oder, was auch versucht wurde, als Wette, erscheint nicht als zutreffend; denn es fehlt sowohl an der zum Spiel gehörigen, die Entscheidung herbeiführenden Tätigkeit der Parteien, als auch an der der Wette eigentümlichen Aufstellung und Verfechtung von Behauptungen.

Das eigentliche DG. stellt sich demnach als ein von Spiel und Wette verschiedener Vertrag dar, dem jedoch wegen seiner eminent aleatorischen Natur ebensowenig Rechtsverbindlichkeit zuzubilligen ist, wie jenen.[91])

Wie bereits oben erwähnt, ist längst festgestellt, daß die eigentlichen DG. sowohl an, wie auch außerhalb der Börse nicht mehr vorkommen. Die tatsächlich vorkommenden DG., die sich in die Form des BTG. zu kleiden pflegen, sind keine DG. im Rechtssinne, sondern DG. im wirtschaftlichen Sinne.

Die entgegengesetzte, mit Zähigkeit festgehaltene Ansicht des RG.[92]) ist, wie Trumpler[93]) ausführlich darlegt, die Folge seiner unrichtigen Vorstellung von der Abwickelung der BTG. Die Tatsache,

---

[88]) Grünhut bei Endemann S. 11. Endemann, Handelsr. 3. Aufl. S. 587.
[89]) Thöl, HR. I/1032.
[90]) Windscheid, Pand. II S. 525 Anm. 3. Dernburg, Pand. II/288 Anm. 9. Preus, Pand. R. II/421. Stobbe, Hb. d. deutsch. Pand. R., bearb. von Lehmann, III/437.
[91]) Vgl. Gareis, Handelsrecht 7. Aufl. S. 377; Huber, Die Klagbarkeit der BT.- und DG., Diss. 1904/28.
[92]) RG. 34/87. Bolze 18/284 Nr. 474; 22/217 Nr. 464.
[93]) Die DG. nach dem BGB. und dem BG., Hldh. Bd. 50 S. 400 ff.

daß weitaus die meisten BTG. durch Differenzzahlung erledigt werden, faßte man nämlich dahin auf, daß bei dieser Art der Abwickelung die Lieferungs- und Kaufpreisforderungen nicht erfüllt, sondern lediglich die Differenzen zwischen Vertrags- und Lieferungspreis bezahlt würden.[94]) Notwendigerweise zog man hieraus den Rückschluß, daß schon beim Abschluß dieser Verträge die Absicht der Parteien lediglich auf die Bezahlung dieser Differenz gerichtet gewesen sei.

Diese irrige Auffassung vom Wesen der tatsächlich vorkommenden DG. bildet nun die Grundlage der Rechtsprechung des RG.

Von der Anschauung aus, daß die BTG. regelmäßig in der Absicht bloßer Zahlung der Differenz zwischen Vertrags- und Lieferungspreis geschlossen würden, mußte das RG. Erklärungen der Parteien, wie „es soll nicht geliefert bezw. abgenommen, sondern nur die Differenzen reguliert werden", als ausdrücklichen Ausschluß der Effektiverfüllung betrachten, mithin das Vorliegen eines sogen. verschleierten DG. annehmen.

Konsequenterweise hätte es nun auch in allen Fällen, in denen sich aus den begleitenden Umständen des Vertragsschlusses ergab, daß sich die Parteien stillschweigend darüber einig waren, daß eine effektive Erfüllung nicht stattfinden sollte, ein DG. im Rechtssinne als vorliegend erachten müssen. Hievon sah jedoch die ältere reichsgerichtliche Rechtsprechung im Anschlusse an die Praxis des ROHG. ab, um die Rechtssicherheit im Spekulationshandel nicht zu sehr zu gefährden. Verlangt wurde vielmehr zur Begründung des Differenzeinwandes eine die effektive Erfüllung ausschließende ausdrückliche Vereinbarung.[95])

Der bloßen Absicht, das Geschäft durch Differenzzahlung abzuwickeln, wurde während dieser Periode eine rechtliche Bedeutung überhaupt nicht beigemessen. Erst seit dem Jahre 1892 griff die oben angedeutete konsequentere Praxis Platz.[96])

Eine Reihe von Umständen wurde nunmehr für „konkludent" erklärt für die Annahme eines verschleierten DG. auf Grund stillschweigender Willenserklärung: so namentlich das auffällige Mißverhältnis der Vermögenslage eines Kontrahenten zur Höhe der von ihm übernommenen Engagements[97]) oder seines Berufs zur Natur der gehandelten Ware,[98]) ferner der Charakter der gehandelten Papiere als Spielpapiere,[99]) die dauernde Unterlassung von Effektiverfüllungen

[94]) Vgl. Bolze 18/287 Nr. 477; 13/245 Nr. 451; 17/271 Nr. 481; 16/259 Nr. 437; 19/315 Nr. 577.

[95]) Vgl. Bolze Bd. 15 S. 249 Nr. 383.

[96]) Von manchen Seiten heftig bekämpft, so namentlich von Cosack, Lehrb. d. HR. 3. Aufl. S. 414 ff. Auch ein Mitglied des RG., Senatspräs. Wiener, hat in einer in der jur. Ges. zu Berlin gehaltenen Rede das RG. heftig angegriffen; vgl. hiezu Wiener, Das DG. v. Standp. d. jetz. Rspr. Berlin 1893.

[97]) Vgl. RG. 34/264 (20. X. 94); — (16. V. 98) JW. 420; — (13. VII. 98) JW. 511.

[98]) RG. (29. II. 96) JW. 232; — (29. XI. 97) JW. 547; — (29. VI. 98) JW. 542.

[99]) RG. (6. X. 97) JW. 575; — (22. VI. 98) JW. 510; — (16. III. 98), JW. 294.

trotz großer Zahl der abgeschlossenen Geschäfte,[100]) namentlich regelmäßige Prolongationen[101]) und v. a. m.

Die bloße Absicht, das Geschäft durch Differenzzahlung zu erledigen, hat das RG. auch damals noch nicht um ihrer selbst willen, sondern lediglich mit Rücksicht auf den aus ihr zu folgernden vertragsmäßigen Ausschluß der Effektiverfüllung als rechtlich erheblich erachtet.[102]) Die Spielabsicht kam also nur als Indiz in Betracht.

Erst durch den § 764 BGB., durch den lediglich die Rechtsprechung des RG. fixiert werden sollte, wurde der auf die Differenz gerichteten Absicht eine unmittelbare rechtliche Bedeutung beigelegt, somit über das Ziel hinausgeschossen.

Nach geltendem Recht[103]) ist also „ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag, wenn er in der Absicht geschlossen wurde, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll, als Spiel anzusehen und zwar auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teils auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß". Diese Bestimmung wendet nun das RG. auf die BTG. an, welche es, wie oben ausgeführt, auf Grund der irrigen Vorstellung von ihrer Abwickelung für DG. im Rechtssinne hält. Es ist ohne weiteres klar, daß § 764 mit keinem Wort auf die BTG. paßt.

Erstens handelt es sich bei den durch Differenzzahlung erledigten BTG. niemals um die Differenz zwischen „dem vereinbarten Preis und dem Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit", sondern vielmehr um die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis.

Zweitens sind die BTG. echte, ernstgemeinte Kaufverträge,[104]) welche niemals in der Absicht geschlossen werden, die Effektiverfüllung von vornherein auszuschließen. Ist doch für jeden Kontrahenten der Anspruch auf effektive Erfüllung des Spekulationsgeschäftes unentbehrlich, weil ihr Objekt zur Erfüllung des Gegengeschäftes, des Realisationsgeschäftes benützt werden soll. Nicht am Inhalte des Vertrages liegt es, daß die Effektiverfüllung regelmäßig doch unterbleibt, sondern einzig und allein an der praktischen Einrichtung des Liquidationsverfahrens.[105])

Ein eigentliches DG. schon deshalb anzunehmen, weil die bloße Möglichkeit der Abwickelung durch Differenzzahlung gegeben ist, und vielleicht sogar beim Vertragsschluß die Absicht besteht, sich eventuell dieser Möglichkeit zu bedienen, ist auch nach der Auffassung des RG. nicht zulässig.[106])

---

[100]) RG. (28. II. 98) JW. 292; — (16. III. 98) JW. 294; — (7. I. 99) JW. 101.
[101]) Bolze (10./13. VII. 94) 19/314.
[102]) Vgl. auch Nußbaum Vorb. Abs. 16, 17, 22.
[103]) § 764 BGB.
[104]) Vgl. o. S. 16 f.
[105]) Huber, Die Klagb. d. BT.- u. DG., Diss. 1904 S. 30 ff.
[106]) Vgl. z. B. RG. (9. V. 93) JW. 312; — (26. VI. 93) JW. 447.

Die BTG. weisen also alle Merkmale der DG. im wirtschaftlichen Sinne auf, während der Wortlaut des § 764, was er ja nach der Absicht des Gesetzgebers auch sollte, die eigentlichen DG. trifft. Da aber diese im praktischen Leben nirgends mehr vorkommen, so stellt sich der § 764 als eine durchaus unpraktische und unanwendbare Bestimmung dar.[107])

Wie aber kam der Gesetzgeber dazu, eine solch zwecklose Bestimmung zu schaffen?

Eben auf Grund desselben Irrtums, aus welchem sich die Rechtsprechung des RG. erklärt, die ja die „Reichstagskommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BG." im § 764 fixieren wollte.[108]) Hätte die Kommission die tatsächlich vorkommenden DG., die sie regeln wollte, richtig als DG. im wirtschaftlichen Sinn erkannt, so hätte sie den § 764 überhaupt nicht geschaffen.

Man kann doch, ohne Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes, unmöglich annehmen, daß der Gesetzgeber mit dem § 764 die in der Weiterveräußerungs- bezw. Anschaffungsabsicht geschlossenen TG. habe treffen wollen.

Dies würde zu dem absurden Ergebnis führen, daß alle Lieferungsverträge, die in der Absicht geschlossen werden, weiter zu veräußern bezw. anzuschaffen, sich also der Handelsgrundgeschäfte nach § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. zu bedienen, als Spiel anzusehen wären.

Trotz der heftigen Polemik, die sich gegen seine Rechtsprechung erhoben hat, hält nun das RG. mit größter Zähigkeit an seiner Ansicht fest, daß sich weitaus die meisten BTG. als DG. im Rechtssinn darstellen, folglich der Differenzeinwand aus § 764 ihnen gegenüber begründet ist, soweit ihn nicht das Gesetz ausdrücklich ausschließt.

Dies ist in § 58 der Novelle nur gegenüber den k l a g b a r e n Ansprüchen aus sogen. „offiziellen BTG." geschehen.

Der Differenzeinwand kann also nach der Auffassung des RG. erhoben werden:

1. im sogen. offiziellen BTH. von demjenigen, für den nach den §§ 53 und 54 BG. eine Verbindlichkeit nicht besteht;[109])

2. allgemein im sogen. inoffiziellen BTH., also

a) gegenüber den BTG. in Waren oder Wertpapieren, die zum BTH. nicht zugelassen sind, und zwar auch gegenüber den gem. § 51 Satz 3 „vorläufig geduldeten" TG.;

b) gegenüber BTG., abgeschlossen in zwar zugelassenen Waren oder Wertpapieren, jedoch unter Nichtbeachtung der vom Börsenvorstand festgesetzten Bedingungen;

[107]) Vgl. hiezu und zum folgenden Trumpler a. a. O. S. 461; a. M. Staub, die DG. nach dem BG. und nach dem BGB. (Hldh. VI/73).

[108]) Vgl. den „Bericht der Reichstagskomm. über den Entwurf eines BGB. und EG.", Guttentag, Berlin 1896 S. 93.

[109]) Näheres hierüber s. Kahn S. 281.

c) gegenüber TG. an Auslandsbörsen;[110]) endlich

3. gegenüber den verbotenen BTG.

Die praktische Bedeutung des Differenzeinwandes gegenüber den BTG. ist jedoch eine viel beschränktere.

Gegenstandslos ist die Berufung auf den Differenzeinwand in allen Fällen, in denen das BTG. schon an sich keine Verbindlichkeit erzeugt und es deshalb unerheblich ist, ob außerdem noch der besondere Tatbestand des DG. vorliegt.[111])

In Betracht kommen hier zwei Kategorien von Geschäften:

1. die erlaubten aber unverbindlichen und
2. die verbotenen und deshalb nichtigen[112]) BTG.

In allen diesen Fällen wird man nicht auf den Differenzeinwand zurückgreifen, sondern einfach das Vorliegen eines BTG. nachweisen, und sich durch Erhebung des Termineinwandes, bezw. Berufung auf die Verbotsvorschriften des BG. den Verpflichtungen aus dem Geschäft entziehen. Diese Art des Verfahrens empfiehlt sich aus zwei Gründen.[113])

Einmal ist das BTG. leichter nachzuweisen, als das DG. und zweitens ist auch das geschilderte Verfahren in folgender Beziehung von durchgreifenderer Wirkung als die Berufung auf den Differenzeinwand: Weil nämlich für die DG. als solche eine den §§ 60 und 70 BG. entsprechende Bestimmung nicht existiert, behandelt die Rechtsprechung ganz überwiegend Aufträge und Vereinigungen zum Zwecke des Abschlusses von DG. nicht wie diese selbst als schlechthin unverbindlich, sondern nur insofern, als daraus nicht auf Vornahme des DG. oder auf Schadensersatz wegen Unterlassung der Vornahme geklagt[114]) und auch keine Provision oder Courtage für solche Geschäfte verlangt werden kann.[115])

Dagegen wird allgemein die Klage auf Herausgabe des von dem Beauftragten oder Partner erzielten Gewinnes zugelassen,[116]) vom RG. auch die Klage auf anteilmäßige Verlusttragung unter den Partnern[117]). Von manchen Gerichten wird sogar (im Gegensatz zum RG.)[118]) ein klagbarer Anspruch auf Ersatz von Auslagen und Aufwendungen anerkannt.[119])

---

[110]) Vgl. Nußbaum § 58 II b.

[111]) Nußbaum Vorb. Abs. 32.

[112]) Siehe Kap. IV dieser Abhandlung.

[113]) Vgl. zum folgenden Nußbaum § 58 IV, § 60 IV, § 64 II Abs. 3, § 64 III.

[114]) RG. (6. XI. 97) 40/259, (19. XII. 98) 43/151, (8. VII. 02) GruchotsB. 47/932.

[115]) RG. (26. X. 94) 43/265, GruchotsB. 47/932 (5. IV. 02), 51/159.

[116]) (RG. 19. XII. 98) 43/152, (17. VI. 04) 58/280, OLG. Hambg. (21. XII. 01) Rspr. 4/232, (15. XI. 06) Rspr. 14/31, OLG. Kiel (26. VI. 06) Rspr. 12/95.

[117]) RG. (19. XII. 98) 43/152.

[118]) RG. (5. IV. 02) 51/159, ebenso KG. (27. X. 00) Rspr. 1/373, (7. X. 05) Rspr. 12/96, OLG. Hambg. (5. IV. 06) Rspr. 14/31.

[119]) OLG. Hambg. (26. X. 04) Rspr. 10/187, (15. XI. 06) Rspr. 14/30, OLG. Dresden (2. II. 06) Rspr. 12/276. Ebenso Staudinger-Engelm. Komm. z. BGB. VI 1c zu § 762.

Alle diese Verpflichtungen, die also in den in Rede stehenden Fällen bei Anwendung des Differenzeinwandes bestehen bleiben können, kommen in Wegfall, wenn das fragliche Geschäft als BTG. festgestellt wird.

In diesem Fall sind Auftrag und Gesellschaftsvertrag nach den ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 60 bezw. 70 BG. schlechthin unverbindlich. Die praktische Bedeutung des Differenzeinwandes gegenüber den unverbindlichen erlaubten, sowie gegenüber den verbotenen BTG. ist also gleich Null.

Eine solche Bedeutung kommt ihm nach geltendem Recht nur gegenüber den klagbaren aber inoffiziellen BTG. und auch hier nur in beschränktem Maße zu.[120] [121]

Einen Überblick über diese etwas verwickelten Verhältnisse gibt die folgende Tabelle:

BTG.

Verboten:	Erlaubt:			
Differenzeinwand gegeben (§ 58 BG. p. arg.) aber praktisch bedeutungslos, weil Geschäft nichtig.	Offiziell (zugelassen und nach offiziellen Bedingungen).		Inoffiziell (nicht zugelassen oder nach anderen Bedingungen oder im Ausland*).	
	Verbindlich.	Unverbindlich.	Verbindlich.	Unverbindlich.
	Unbeschränkt / Beschränkt			
kein Differenzeinwand (§ 58 BG. S. 1).	für den nicht Terminfähigen Differenzeinwand, durch den aber Sicherheitsleistung nicht hinfällig gemacht und Aufrechnung gegen gültige Terminforderungen nicht ausgeschlossen werden kann (§ 58 BG. S. 2).	Differenzeinwand gegeben (§ 58 BG. S. 1 per arg.) aber praktisch bedeutungslos.	Differenzeinwand gegeben (§ 58 BG. S. 1 per arg.) hier von praktischer Bedeutung; macht auch Sicherheitsleistung unwirksam und schließt Aufrechnung aus.	praktisch bedeutungslos.

*) Vgl. aber bezügl. der im Ausl. abg. G. Nußb. § 58 II.

[120]) Vgl. Nußbaum § 58 III.

[121]) S. Nußbaum Vorb. A. 25.

III. Kapitel.

Das verbotene Börsentermingeschäft.

Es gibt BTG., die das BG. selbst verbietet, und solche, die der Bundesrat auf Grund der ihm im Gesetz erteilten Delegation untersagt hat.

Nach § 63 Abs. 1 des BG. sind BTG. in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen nur mit Genehmigung des Bundesrats zulässig, prinzipiell also verboten.[122])

Diese Bestimmung bedeutet eine Milderung gegenüber dem BG. ä. F., welches[123]) den BTH. in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen schlechthin untersagte.

Zweck des Verbotes ist, die inländischen Unternehmungen der bezeichneten Art dem Einfluß der ihrer ruhigen Entwickelung schädlichen Terminspekulation zu entziehen.

Bezüglich der Auslegung der Vorschrift ist zunächst fraglich, was unter einer Fabrikunternehmung im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist. Am besten wird man der ratio des BG. gerecht, wenn man die Begriffsbestimmung im Sinne der Gewerbeordnung maßgebend sein läßt.[124]) Hienach ist eine Fabrik ein Gewerbebetrieb, der sich mit der Bearbeitung, Verarbeitung und Veredelung von Rohstoffen, Halbfabrikaten und fertigen Erzeugnissen,[125]) also kurz mit der Güterproduktion im wirtschaftlichen Sinn[126]) befaßt.

Nur bei Zugrundelegung dieser Definition wird der BTH. in dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Maße beschränkt. Wollte man dagegen mit Cahn[127]) in Anlehnung an § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. als Fabrikunternehmungen lediglich diejenigen Unternehmungen ansehen, deren Gegenstand die Herstellung, Be- und Verarbeitung beweglicher Sachen ist, so würde das Verbot contra rationem legis den BTH. in den Aktien vieler Unternehmungen nicht treffen. So wäre z. B. der BTH. in den Aktien einer Elektrizitätsgesellschaft, die sich nur mit der Lieferung des elektrischen Stromes befaßt, erlaubt, weil der elektrische Strom keine Sache ist.

Im Gegensatz stehen die der Produktion dienenden Unternehmungen namentlich zu den dem Güterumsatz und dem Verkehr dienenden Instituten, wie Bank-, Versicherungs-, Eisenbahn- und Transportunternehmungen.

[122]) Vgl. § 64 BG.
[123]) In § 50 Abs. 2.
[124]) Vgl. zum folg. Staub Nachtr., A. 92; Nußbaum § 63 I; auch Kahn A. 2 zu § 63.
[125]) Landmann Gew.-O. 4. A. § 134 Bem. 3.
[126]) Nußbaum § 63 I.
[127]) S. Staub Nachtr. A. 92.

Als untersagt muß auch der TH. in den Anteilen solcher Gesellschaften gelten, welche neben anderen Unternehmungen auch eine Fabrik oder ein Bergwerk betreiben, das wirtschaftlich nicht nur als Zubehör der anderen Unternehmungen erscheint.

Dagegen sind Trustgesellschaften, zu deren Vermögen Fabriken oder Bergwerke gehören, als Bank- oder Finanzunternehmungen aufzufassen. Die Fabriken usw. werden hier, sobald sie im Betriebe sind, an andere Gesellschaften weiter veräußert. Ihr Betrieb ist also nur Mittel zum Zweck. Gegenstand des Unternehmens ist der Güterumsatz.

Hervorzuheben ist ferner, daß das Gesetz nur den BTH. in Anteilen der bewußten Unternehmungen verbietet.

„Anteile" sind nach Staub[128]) Aktien und solche Genußscheine, die Aktienrechte verleihen (z. B. Interimsscheine). In anderen Papieren, etwa Obligationen einer Bergwerks- oder Fabrikunternehmung ist demnach der BTH. gestattet. Die von einzelnen[129]) vertretene Auffassung, daß sich das Verbot des § 63 nur auf Anteile inländischer Unternehmungen erstrecke, ist angesichts des klaren Wortlautes des Gesetzes unhaltbar.[130]) Eine Ausnahme für ausländische Gesellschaften ist hier im Gegensatz zu § 50 Abs. 5 BG. nicht gemacht. Allerdings ist unerfindlich, was der deutsche Gesetzgeber für ein Interesse daran haben sollte, ausländische Unternehmungen gegen die Einflüsse der Terminspekulation zu schützen. Diese Erwägung mag wohl auch zu der erwähnten unrichtigen Auffassung Anlaß gegeben haben. Daß die hier vertretene Ansicht sich mit der des Bundesrates selbst deckt, geht daraus hervor, daß dieser es für nötig hielt, die Zulässigkeit des BTH. in Anteilen der Aluminiumgesellschaft in Neuhausen in der Schweiz auszusprechen.[131]) Nicht zu verwechseln mit den im Inlande abgeschlossenen BTG. in Anteilen ausländischer Bergwerks- und Fabrikunternehmungen sind die an ausländischen Börsen abgeschlossenen Geschäfte. Auf solche Geschäfte bezieht sich das Verbot, wie weiter unten ausführlicher darzulegen ist, nicht.

§ 63 verbietet, wie erwähnt, die Börsentermingeschäfte in Bergwerks- und Fabrikunternehmungen nicht schlechthin, sondern stellt es dem Bundesrat frei, den BTH. in Papieren der fraglichen Art zu gestatten. Eine solche Genehmigung kann zwar immer nur für einen speziellen Fall, in jedem Fall aber für sämtliche deutsche Börsen erteilt werden.[132])

Die (vom Börsenvorstand zu beantragende) Genehmigung darf natürlich nur erfolgen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt

[128]) Komm. z. HGB. 8. Aufl. Anm. 26 ff. zu § 179.

[129]) So Staub, Nachtr. A. 92; Jacusiel in der LZ. 1908 S. 580; Neukamp Verb.-Komm. Anm. 6 zu § 63.

[130]) So Kahn Anm. 2 zu § 63; Nußbaum § 63 I; Apt A. 4 zu § 63.

[131]) Bekm. vom 30. X. 08, RGBl. S. 535.

[132]) RTKB. IV S. 5178 (zu §§ 61 bis 64); vgl. auch Nußbaum § 63 IV; Kahn. Anm. 1 zu § 63; Hemptenmacher Anm. 3 zu § 63; Staub Nachtr. A. 92.

sind, von denen das Gesetz (§ 50) die Zulassung von Wertpapieren zum BTH. überhaupt abhängig macht. Deshalb ist z. B. ein BTH. in Kuxen auch auf Grund bundesrätlicher Genehmigung undenkbar, weil hier von einem „Nennwert" und somit von einer nach diesem sich berechnenden Gesamtsumme, wie sie § 50 Abs. 4 verlangt, nicht gesprochen werden kann.[133])

Nach erfolgter Genehmigung durch den Bundesrat ist noch die Zulassung durch den Börsenvorstand erforderlich, um den BTH. in den fraglichen Papieren an der betreffenden Börse zu einem offiziellen zu machen.

Zufolge verschiedener Bekanntmachungen des Reichskanzlers sind bisher (Februar 1911) BTG. in den Anteilen der folgenden Bergwerks- und Fabrikunternehmungen für zulässig erklärt:[134])

1. „Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft" zu Berlin.
2. „Bochumer Verein für Bergbau und Gußstahlfabrikation" zu Bochum.
3. „Deutsch-Luxemburgische Bergwerks- und Hütten-A.-G." zu Bochum.
4. „Union, A.-G. für Bergbau, Eisen- und Stahlindustrie" zu Dortmund.
5. „Gelsenkirchener Bergwerks-A.-G." zu Dortmund.
6. „Harpener Bergbau-A.-G." zu Dortmund.
7. „Hohenlohe-Werke A.-G." zu Hohenlohehütte, Kreis Kattowitz, Provinz Schlesien.
8. „Vereinigte Königs- und Laurahütte, A.-G. für Bergbau und Hüttenbetrieb" zu Berlin.
9. „Phönix, A.-G. für Bergbau und Hüttenbetrieb" zu Duisburg-Ruhrort.
10. „Rheinische Stahlwerke" zu Duisburg-Meiderich.
11. „Rombacher Hüttenwerke" zu Rombach.
12. „Siemens und Halske A.-G." zu Berlin.
13. „Deutsch-Überseeische Elektrizitätsgesellschaft" zu Berlin.
14. „Elektrizitäts-A.-G. vorm. Schuckert u. Cie." zu Nürnberg.
15. „Elektrizitäts-A.-G. vorm. W. Lahmeyer u. Co." zu Frankfurt a. M.
16. „Felten & Guilleaume-Lahmayerwerke A.-G." zu Mühlheim a. Rh.
17. „Aluminium-Industrie A.-G." zu Neuhausen in der Schweiz.
18. „Oberschlesische Eisenbahnbedarfsgesellschaft" in Friedensbücke, Stadt Beuthen.
19. „Oberschlesische Eisenindustrie, A.-G. für Bergbau und Hüttenbetrieb" in Gleiwitz.

---

[133]) Vgl. Staub, Nachtr. A. 92; Kahn, Anm. 12 zu § 50.

[134]) Nr. 1—11 Bekm. v. 29. V. 08 (RGBl. 219), Nr. 12—16 Bekm. v. 1. VII. 08 (RGBl. 465), Nr. 17 Bekm. v. 30. X. 08 (RGBl. 585), Nr. 18 u. 19 Bekm. v. 16. XII. 08 (RGBl. 647), Nr. 20 Bekm. v. 29. IV. 09 (RGBl. 435), Nr. 21 Bekm. v. 27. XII. 09 (RGBl. 1000), Nr. 22 Bekm. v. 25. VI. 10 (RGBl. 910).

20. „Eschweiler Bergwerkverein“ in Eschweiler-Pumpe.
21. „Gesellschaft für elektrische Unternehmungen“ in Berlin.
22. „South West-Africa-Company Limited“ zu London.

Ein zweites Verbot enthält § 65 des BG. und zwar bezüglich der BTG. in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei.

Die Vorschrift will den Motiven zufolge den Mißbrauch des Getreidezeitgeschäfts, insbesondere die Teilnahme der am effektiven Handel nicht beteiligten, lediglich eine Kursspekulation bezweckenden Personen ausschließen und eine spekulative Beeinflussung der Preise verhindern.

Auch dieses Verbot war im wesentlichen schon im BG. ä. F. enthalten, dessen § 50 in seinem Absatz 3 den „börsenmäßigen TH. in Getreide- und Mühlenfabrikaten“ untersagte. Das Wort „Mühlenfabrikate“ ist jetzt durch den präziseren Ausdruck „Erzeugnisse der Getreidemüllerei“ ersetzt worden, aus welchem erhellt, daß Erzeugnisse der Ölmühlenindustrie, z. B. Rüböl, von dem Verbot nicht getroffen werden.[135]) Dagegen sind BTG. in Kleie, als einem Erzeugnisse der Getreidemüllerei unstatthaft. Zu beachten ist auch, daß durch die Neufassung, gegenüber der älteren, nicht nur der BT.-Handel, sondern schon das einzelne BT.-Geschäft untersagt ist.

Nur BTG. verbietet der § 65. Folglich erstreckt sich das Verbot auf alle jene Geschäfte nicht, welche nach den im Gütergroßhandelsverkehr vielfach üblichen typischen, auf Interessentenvereinbarungen beruhenden, formularmäßigen Verträgen nicht börsenmäßigen Charakters abgeschlossen werden.

Hieher gehören z. B. Geschäfte nach dem sogen. Deutsch-Niederländischen Vertrag, denen übrigens außer der Börsenmäßigkeit der Geschäftsbedingungen auch das Begriffsmerkmal der typisch bestimmten Lieferungsqualität abgeht.[136]) Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Geltung der Vorschriften über den BTH. in § 67 des Gesetzes für die im Wirtschaftsleben unentbehrlichen, auf Effektiverfüllung gerichteten Zeitgeschäfte in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei. Und dies mit gutem Grunde; denn diese sogen. handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte sind tatsächlich keine BTG. im Sinne des Gesetzes.[137])

§ 67 ist also nicht etwa dahin zu verstehen, als ob das BTG. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei beim Zusammentreffen gewisser Umstände ausnahmsweise nicht den Vorschriften über den BTH. unterworfen, mit anderen Worten eine bestimmte Art des sonst verbotenen BTG. privilegiert sein sollte. Der Gesetzgeber wollte vielmehr die in § 67 umschriebenen Geschäfte, eben mit Rücksicht auf ihre Wesensverschiedenheit von den BTG., sowohl einerseits jeder Prüfung

[135]) Vgl. z. B. Hemptenmacher zu § 65.
[136]) Vgl. Nußbaum § 65 II.
[137]) Vgl. S. 19 dieser Abhandlung.

ihrer Zulassung durch den Börsenvorstand, als andererseits den materiellrechtlichen Sondervorschriften des BG. gänzlich entziehen.

Daß lediglich dies die Absicht des Gesetzgebers war und nicht etwa eine negative Begriffsbestimmung des BTG. in Getreide- oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei gegeben werden sollte, was man nach der Fassung des Entwurfs: „als BTG. in Getreide- und Mühlenfabrikaten gilt nicht der Kauf usw." versucht sein konnte anzunehmen, geht aus der jetzigen Fassung des § 67 klar hervor.

Wollte man in § 67 eine derartige negative Definition erblicken, so müßte man zwischen anderen Personen oder nach anderen als den vom Bundesrat genehmigten Bedingungen abgeschlossene Lieferungsgeschäfte in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei gemäß § 67 p. a. e. c. mit § 65 BG. als verbotene BTG. behandeln, was zu den absurdesten Ergebnissen führen würde.[138])

In jedem solchen Fall also, in dem es an den Bedingungen des § 67 fehlt, ist eben das betreffende Geschäft nur dann als BTG. zu behandeln, wenn es auch die allgemeinen Begriffsmerkmale eines solchen[139]) aufweist.[140])

Tatsächlich kommen die Geschäfte des § 67 nur an der Berliner Produktenbörse vor, während anderwärts andere Geschäftsformen üblich sind.[141])

Kurz hinzuweisen ist noch auf ein Gegenstück zu § 67 BG. Während dieser, wie ausgeführt, eine bestimmte Kategorie von Geschäften den Vorschriften über den BTH. entzieht, erklärt § 68 den § 66, betr. die Unwirksamkeit der verbotenen BTG. in Getreide usw. auf alle Lieferungsgeschäfte in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei, auch wenn sie nicht in die Form des BTG. gekleidet und selbst wenn die Voraussetzungen des § 67 erfüllt sind, für anwendbar in allen jenen Fällen, in denen sich das Geschäft als ein sogen. eigentliches DG.[142]) darstellt. Soviel über die im Gesetz selbst enthaltenen Verbote.

Auf Grund des § 63 Abs. 2 der Novelle, entsprechend dem § 50 Abs. 1 der ä. F., kann nun auch der Bundesrat BTG. in bestimmten Waren und Wertpapieren verbieten oder ihre Zulässigkeit von Bedingungen abhängig machen. Von dieser Delegation hat der Bundesrat nur einmal, und zwar schon unter der Herrschaft des älteren BG. Gebrauch gemacht. Laut Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. April 1899[143]) ist der BTH. in Kammzug untersagt.

Die dem Bundesrat ferner erteilte Befugnis, die Zulässigkeit des BTH. in bestimmten Gegenständen von Bedingungen abhängig zu

---

[138]) Vgl. Neukamp SBlfR. 08 S. 596.
[139]) S. Kap. I dieser Abhandlung.
[140]) Vgl. Nußbaum § 67 V, Apt Anm. 5 zu § 67, Kahn Anm. 1 zu § 67, Neukamp SBlfR. 08 S. 595 f.
[141]) S. näheres Nußbaum § 67 I.
[142]) S. o.
[143]) RGBl. 266.

machen, folgt nicht, wie Nußbaum[144]) irrtümlich annimmt, schon aus den §§ 6 Abs. 3 und 50 Abs. 6 BG., denn diese Bestimmungen sprechen von der „Zulassung", welche natürlich von der „Zulässigkeit", der gesetzlichen Statthaftigkeit der betreffenden Geschäfte, wohl zu unterscheiden ist[145]).

Es fragt sich nun, wie ein BTG. zu beurteilen ist, das unter Abweichung von den Bedingungen geschlossen wird, welche der Bundesrat auf Grund des § 63 für dasselbe vorgeschrieben hat.

Nußbaum[146]) ist der Ansicht, daß ein solches Geschäft nicht als ein verbotenes im Sinne des Gesetzes, sondern lediglich als ein nicht zugelassenes anzusehen sei, da ja § 63 das Verbot und das Abhängigmachen von Bedingungen gerade einander gegenüberstelle. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden.

Wie Hemptenmacher[147]) sehr richtig bemerkt, enthält die Anordnung bestimmter Bedingungen das Verbot abweichender Bedingungen. Demnach kommt das Abhängigmachen der Zulässigkeit bestimmter BTG. von Bedingungen einem bedingten Verbote derselben gleich. Dieses bedingte Verbot ist in § 63 dem unbedingten „gegenübergestellt". Überdies steht die Ansicht Nußbaums in direktem Widerspruch mit dem Wortlaut der Motive, nach welchen[148]) der Bundesrat in der Lage sein soll, für BTG. in bestimmten Gegenständen die Benutzung gewisser Einrichtungen, wie der Liquidationskassen mit der Wirkung vorzuschreiben, daß unter Nichtbeachtung dieser Vorschriften abgeschlossene Geschäfte verboten sind. [149])

Bis jetzt hat der Bundesrat von dieser ihm erteilten Befugnis übrigens noch keinen Gebrauch gemacht.

Ein Verbot kann der deutsche Gesetzgeber natürlich nur innerhalb seines Machtbereichs, also des Inlandes, erlassen. Demgemäß sind auch die Vorschriften über die verbotenen BTG. weder durch das ältere Gesetz noch durch die Novelle auf das Ausland erstreckt worden. BTG. in Bergwerks- oder Fabrikanteilen, Getreide, Mehl und Kammzug sind also an einer ausländischen Börse erlaubt und nach Maßgabe der §§ 52—62 des BG. wirksam. Diese Anschauung hat auch das RG. in ständiger Rechtsprechung vertreten.[150])

Die Vorschriften über die verbotenen BTG. finden selbst dann keine Anwendung, wenn das im Ausland abgeschlossene Geschäft auch nach ausländischem Recht verboten ist. Ein solcher Fall beurteilt sich vielmehr nach dem betreffenden Auslandsrecht, wobei

[144]) § 63 III.
[145]) Wie hier Kahn Anm. 16 zu § 50 u. A. 3 zu § 63.
[146]) § 63 III.
[147]) Anm. 5 zu § 63.
[148]) Mot. S. 22.
[149]) Vgl. Hemptenmacher Anm. 5 zu § 63, Kahn Anm. 3 zu § 63.
[150]) RG. (15. VI. 03) 55/183 (Getr. TG.); (28. XII. 03) Sächs. Arch. 14/217 (TG. in Kammzug); (12. II. 08) BA. 7/201 (TG. in Minenshares).

jedoch einerseits gemäß § 61 BG. dem Geschäfte höchstens die Rechtswirksamkeit nach den §§ 52—60 BG. beigelegt werden darf, andererseits aber mit Rücksicht auf Art. 30 EG. BGB. der Termingläubiger mindestens so gut gestellt sein muß, wie nach deutschem Recht.[151])

IV. Kapitel.

Die Rechtswirkungen der verbotenen Börsentermingeschäfte.

Die Wirkungen der besprochenen Verbote sind teils verwaltungsrechtliche, teils privatrechtliche und teils strafrechtliche.

Die ersteren sind in § 51 BG.[152]), entsprechend dem § 51 ä. F., festgesetzt.

Hienach sind die verbotenen BTG.

1. von der Benutzung der Börseneinrichtung ausgeschlossen.

Zu diesen gehören beispielsweise die Schiedsgerichte, Sachverständigenkommissionen und Liquidationskassen, aber auch die Börsenräume selbst. Der Börsenvorstand darf deshalb keinesfalls an der Börse die Bildung eines Termin markt es für einen rechtlich von der Börse ausgeschlossenen TH. dulden. Damit hält Nußbaum[153]) einen derartigen BTH. für überhaupt unmöglich gemacht, da sich ein BTH. außerhalb der Börse nicht entwickeln könne.

Das trifft jedoch nicht zu. Es ist doch sehr wohl möglich, daß ein BTH. ohne Benutzung von Börseneinrichtungen im Anschluß an einen Terminmarkt stattfindet, der zwar räumlich außerhalb der Börse liegt, sich aber an diese insbesondere hinsichtlich der Lieferungszeit, -quantität und -qualität, sowie des zugrunde gelegten Preises anlehnt. Zutreffend weist Hemptenmacher[154]) darauf hin, daß die Benutzung der Börseneinrichtungen den Abschluß und die Abwickelung von BTG. lediglich erleichtert, keineswegs aber absolute Voraussetzung dafür ist.

So existiert, auch wenn eine Notierung nicht stattgefunden hat, an der Börse tatsächlich doch immer ein Preis, zu dem ein Geschäft gewisser Art abgeschlossen werden kann. Die Zugrundelegung dieses Preises durch die Parteien aber muß genügen, um ihr Geschäft, natürlich bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen, als BTG. zu qualifizieren.[155])

[151]) Nußbaum § 61 III.
[152]) Vgl. auch die anal. Best. i. d. §§ 42 u. 43 BG.
[153]) § 51 II.
[154]) Anm. 4 zu § 51.
[155]) Vgl. auch RG. 47/112—114.

Der entgegengesetzten Ansicht folgend könnte man ein verbotenes BTG. immer nur dann annehmen, wenn ein (wegen des Ausschlusses der verbotenen BTG. von der Kursnotierung, als einer Börseneinrichtung) per nefas notierter Börsenpreis dem Geschäftsabschluß zugrunde gelegt worden wäre.

Eine große Menge unzweifelhafter BTG. würden sich also bei dieser Auffassung gar nicht als BTG. qualifizieren lassen und contra rationem legis von den Verboten nicht betroffen.

Wer die Kursnotierung für verbotene BTG. herbeiführt, kann ebenso wie der, welcher solche Geschäfte an der Börse selbst abschließt, gemäß § 8 Abs. 2 des BG. aus den Börsenräumen entfernt oder zeitweilig von der Börse ausgeschlossen oder mit Geldstrafe belegt werden.

2. § 51 verbietet ferner die Vermittlung verbotener BTG. durch die Kursmakler.

Da den Börsenbesuchern die weitgehende Möglichkeit bleibt, solche Geschäfte unter sich oder durch Vermittlung sogen. freier Makler abzuschließen, kommt dem Verbot eine besondere Bedeutung nicht zu.

Ein Anspruch auf Berücksichtigung bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises, der gemäß § 31 BG. sonst für die von den Kursmaklern vermittelten Geschäfte besteht, könnte ja wegen § 51 BG. 1. Hs. auch dann nicht erhoben werden, wenn ihre Vermittlung durch Kursmakler zulässig wäre.

3. Endlich dürfen nach § 51 Abs. 2 für verbotene BTG., sofern sie im Inland abgeschlossen sind, Preislisten (Kurszettel) weder veröffentlicht noch in mechanisch hergestellter Vervielfältigung verbreitet werden.

Diese Fassung des Gesetzes ist in mehrfacher Beziehung nicht glücklich.

Abgesehen davon, daß natürlich die „Veröffentlichung und Verbreitung von Preislisten für verbotene BTG." als Aufnahme von Preisen für solche Geschäfte in Preislisten zu verstehen ist, da ja für die einzelnen Geschäftsgattungen eine Herstellung von besonderen Preislisten wohl nie erfolgt, werden durch den Wortlaut des Gesetzes die weit wichtigeren Veröffentlichungen vereinzelter Preisangaben in Zeitungen, Zirkularen usw. nicht getroffen.[156])

§ 90 des BG., der das wissentliche Zuwiderhandeln gegen § 51 Abs. 2 unter Strafe stellt, kann also auf derartige Veröffentlichungen und Verbreitungen keine Anwendung finden.

Wenig zweckmäßig erscheint es auch, zu betonen, daß Kurszettel in mechanisch hergestellter Vervielfältigung nicht verbreitet werden dürfen, da doch die Vervielfältigung eines derartigen Kurszettels durch Abschreiben der mechanischen Vervielfältigung gleich zu stellen ist.[157])

[156]) Vgl. Nußbaum § 42 II d.
[157]) S. Kahn A. 1 Ziff. 5 zu § 43.

§ 51 Abs. 2 bezieht sich nur auf die im Inland abgeschlossenen Geschäfte. Der Veröffentlichung von Listen über an ausländischen Börsen bezahlte Preise steht nichts im Wege.

Soweit die verwaltungsrechtlichen oder börsenmäßigen Wirkungen der verbotenen BTG.

Weitaus wichtiger als diese sind nun ihre privatrechtlichen Wirkungen.

Diesbezüglich enthielt das BG. vom 22. Juni 1896 gar nichts. Es knüpfte an die Verbote des IV. Abschnittes lediglich in seinem § 51 die auch durch die Novelle aufrecht erhaltenen administrativen Folgen.

Das RG. hat nun in Anwendung des § 134 BGB. den Verboten auch privatrechtliche Wirkung beigelegt und die verbotswidrigen Geschäfte schlechthin für nichtig erklärt.[158])

U. E. war diese vielfach bekämpfte[159]) Rechtsprechung des RG. vollständig korrekt. Daß sie dem tatsächlichen Willen der gesetzgebenden Faktoren nicht entsprach[160]), war vom obersten Gerichtshof nicht zu berücksichtigen, da der Wille des Gesetzgebers eben im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hatte.

Allerdings war der so geschaffene Rechtszustand namentlich insofern bedenklich, als infolge der Nichtigkeit des Geschäftsabschlusses das zur Erfüllung des Geschäftes Geleistete 30 Jahre lang zurückgefordert werden konnte[161]), was eine hochgradige Rechtsunsicherheit zur Folge hatte. Dies war aber nicht auf Konto einer unrichtigen Rechtsprechung, sondern einer mangelhaften Gesetzesfassung zu setzen.

Diese Härten haben durch die Novelle eine wesentliche Milderung erfahren.

Die Novelle steht zwar[162]) prinzipiell auf dem Standpunkt der reichsgerichtlichen Judikatur und spricht[163]) die Unverbindlichkeit der verbotenen BTG. ausdrücklich aus, bestimmt aber mit Rücksicht auf die Unzuträglichkeit des alten Rechtszustandes, daß das auf Grund des Geschäftes Geleistete entweder überhaupt nicht mehr,[164]) oder doch nur innerhalb einer kurzen Frist[165]) zurückgefordert werden kann.

[158]) RG. (1. XII. 00) 47/104; (4. XII. 01) JW.02/139; (14. X. 03) JW. 04/38; (21. XII. 04) 59/325.

[159]) Vgl. Wermert, über Wesen und Bedeutung der DG., Annalen des Deutschen Reichs 1903/512; Apt, Das BG. u. s. Ref., S. 17; Heinemann, Problem d. deutsch. B.-Ref. S. 41; Freund, bei Hldh. VI/42; Trumpler, DGe. b. Goldschn. 50/483.

[160]) Vgl. Preuß. Minist.-Bl. d. Handels- u. Gew.-Verw. 1901/267 ff.

[161]) Die Rückforderung dessen, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden war, war durch § 66 Abs. 4 BG. ä. F. nur bei den wegen Nichteintragung der Parteien im B.-Register unwirksamen, nicht aber bei den wegen Verbots nichtigen Geschäften ausgeschlossen.

[162]) Im Gegensatz zu dem Entwurf v. 19. II. 04, welcher (§ 51 Abs. 3) an die Stelle der Nichtigkeit die Anfechtbarkeit setzen wollte.

[163]) S. §§ 64 u. 66 BG.

[164]) § 64 BG.

[165]) § 66 BG.

Daß durch ein verbotenes BTG. „eine Verbindlichkeit nicht begründet wird“,[166]) im Gesetz eigens hervorzuheben, war überflüssig, denn die Nichtigkeit dieser Geschäfte wäre schon aus § 134 BGB. im Zusammenhalt mit den Verbotsvorschriften des BG. zu folgern gewesen.

Einzelne, wie z. B. Staub,[167]) bestreiten nun diese Nichtigkeit, indem sie behaupten, aus den §§ 64 Abs. 2 und 66 Abs. 2 des BG. ergebe sich in Verbindung mit § 134 BGB. 2. Halbsatz das Gegenteil der Nichtigkeit.

Dies trifft jedoch nicht zu. Durch die Bestimmung, daß verbotene BTG. teils schlechthin, teils unter gewissen Voraussetzungen erfüllt werden können, wird keineswegs im Hinblick auf § 134 BGB. 2. Hs. die Nichtigkeit ausgeschlossen, sondern lediglich in einer bestimmten Richtung abgeschwächt, während sie in allen anderen Beziehungen bestehen bleibt.[168])

Ein verbotenes BTG. erzeugt also, auch wenn es zwischen börsenterminfähigen Personen abgeschlossen wird, keinesfalls eine Verbindlichkeit und ist infolgedessen k l a g l o s.

Die Geltendmachung des Vorliegens eines verbotenen BTG. ist ebensowenig wie die Erhebung des Differenz-„Einwandes“ ins Belieben der Parteien gestellt. Das Gericht hat vielmehr von Amts wegen die rechtliche Natur des klaggegenständigen Geschäfts zu prüfen.[169]) Gelangt es zur Überzeugung, daß es sich um ein verbotenes BTG. handle, so hat es die Klage unbedingt abzuweisen. Daran vermag weder eine Erklärung der an der Nichtigkeit interessierten Partei, die Nichtigkeit nicht geltend machen zu wollen,[170]) noch ein Anerkenntnis[171]) der unverbindlichen Forderung seitens des Beklagten etwas zu ändern. Ein solches Anerkenntnis ist wegen § 69 BG. gleichfalls unwirksam und muß es logischerweise sein, da sonst die Möglichkeit bestünde, über zwingendes Recht, nämlich die Vorschriften der §§ 64 und 66 BG. zu disponieren, was ein Unding wäre.

Aus demselben Grunde muß auch die Abrede, daß die Ungültigkeit des Geschäfts binnen einer bestimmten Frist zu rügen sei (Reklamationsklausel) unwirksam sein.

Eine solche Vereinbarung ist übrigens auch als Nebenabrede eines unverbindlichen Geschäftes unwirksam. Das RG. geht nämlich davon

[166]) S. §§ 64 u. 66 BG.

[167]) Nachtr. Abs. 93.

[168]) Vgl. Kahn, Anm. 1 zu § 64; Hemptenmacher Anm. 3 u. 5 zu § 64; Apt Anm. 1 zu § 64; Nußbaum § 64 II.

[169]) RG. (8. VII. 99) 44/52 ff; (13. VII. 01) 49/61. NB. Da für die verbotenen BTG. dieselben Rechtsgrundsätze gelten, wie für die erlaubten unverbindlichen BTG. und DG., konnte die Rechtsprechung des RG. bezüglich dieser beiden Kategorien im folgenden mitverwertet werden.

[170]) OLG. Hambg. (25. V. 05) Hanseat.GZ. 26/203, vgl. RG. (11. IV. 94); Bolze 18/480.

[171]) Ebs. Neukamp, Verb. Komm. Vorb. vor § 54 A. 7.

aus, daß der Einigung über die Geschäftsbedingungen in der Regel[172]) eine rechtliche Bedeutung nicht an sich beizumessen ist, sondern nur insofern, als sie späterhin zum Bestandteil der auf Grund derselben abgeschlossenen Geschäfte wird.[173])

Ist somit das Geschäft unwirksam, so sind auch alle in den Geschäftsbedingungen enthaltenen Nebenabreden, wie Reklamationsklausel,[174]) Schiedsgerichtsklausel,[175]) Prorogationen, Ausschließung von Rechtsmitteln[176]) usw. hinfällig.

Unklagbar wie der Hauptanspruch, um das Wort „Anspruch" in diesem uneigentlichen Sinne zu gebrauchen, sind natürlich auch alle Neben- und Eventualansprüche aus dem nichtigen Geschäft, so namentlich die Ansprüche auf Provisionen, Courtagen, Aufwendungen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung.[177])

Aus der Natur der Nichtigkeit ergibt sich, daß für ein verbotenes BTG. eine Sicherheit niemals, auch unter den Voraussetzungen des § 54 BG. nicht, rechtswirksam bestellt werden kann.

Im Gesetz[178]) ist dies unnötigerweise ausdrücklich hervorgehoben. Die Unwirksamkeit der Sicherheitsbestellung hat zur Folge, daß das als Sicherheit Hingegebene zurückverlangt werden kann.

Hat sich der Empfänger bereits aus der Sicherheit befriedigt, so kann der Erlös nur dann nicht zurückgefordert werden, wenn der Schuldner dem Gläubiger gestattet hat, den Erlös zu behalten,[179]) mithin eine Verrechnung[180]) vorliegt. Falls der Empfänger die Sicherheit weiter gegeben hat, ist die Rückforderung selbst dann statthaft, wenn die Weitergabe im Auftrag des Zahlenden geschehen ist.[181])

Wird eine Sicherheit nicht dafür geleistet, daß die Terminverbindlichkeit als solche erfüllt werden wird, sondern geht die Meinung der Parteien dahin, daß eben mit Rücksicht auf die Nichtigkeit der Terminschuld der Termingläubiger anderweitig gedeckt, also eine von der Verbindlichkeit der Hauptschuld ganz unabhängige, selbständige Verpflichtung geschaffen werden soll,[182]) so ist die Sicherheitsbestellung gleichwohl nichtig, zwar nicht zufolge der oben angeführten allgemeinen Erwägung, wohl aber als Vereinbarung im Sinne des § 69 des Gesetzes. Dasselbe gilt für die Übernahme einer Garantie.

---

[172]) Über Ausn. vgl. Nußbaum Anh. A c u. § 55 VIII.
[173]) RG. (18. V. 04) 58/152; (25. IV. 05) JW. 401.
[174]) RG. (12. III. 98) JW. 308.
[175]) RG. (17. I. 91) 27/379; (25. III. 93) 31/397; (23. XI. 95) 36/248; (6. II. 96) 36/423; (1. III. 01) JW. 286.
[176]) RG. (6. II. 96) 36/421.
[177]) RG. (13. VII. 01) 49/61. (17. IX. 02) JW. 547. KG. (27. X. 00) OLG. Rspr. 1/374; vgl. auch RG. (3. IV. 02) 51/159.
[178]) § 64 Abs. 1 Satz 2.
[179]) RG. (20. X. 97) JW. 98/23. OLG. Hambg. (23. II. 04) BA. 3/191.
[180]) S. unten.
[181]) RG. (13. VII. 01) 49/63. (17. IX. 02) JW. 547. Vgl. Nußbaum § 55 IV.
[182]) Vgl. Nußbaum § 55 IX.

Aus der Nichtigkeit des verbotenen BTG. folgt ferner, daß für ein solches eine Bürgschaft nicht wirksam übernommen werden kann[183]), da die Bürgschaft eine Verbindlichkeit des Hauptschuldners voraussetzt. (§ 765 BGB.)

Ebenso wie das verbotene BTG. selbst, kann jedoch auch die Bürgschaft wirksam erfüllt werden. Hervorzuheben ist, daß dem Bürgen ein Regreß gegen den Terminschuldner nur zusteht, wenn er von diesem in die Lage versetzt wurde, zahlen zu müssen, z. B. wenn er einen ihm vom Terminschuldner erteilten, an sich gültigen[184]) Zahlungsauftrag angenommen hat.[185]) Bei freiwilliger Zahlung hat der Bürge dagegen einen solchen Regreßanspruch nicht.[186])

Da ein verbotenes BTG. eine Schuld im Rechtssinne nicht erzeugt, kann auch von einer wirksamen Übernahme einer solchen Termin„schuld" keine Rede sein.[187]) Ein „für möglich halten der Übernahme an sich", ein Weg, den Nußbaum[188]) offen läßt, ist ausgeschlossen, und man braucht folglich nicht auf § 417 Abs. 1 Satz 1 BGB. zurückzugreifen, um die Unwirksamkeit eines derartigen Manövers darzutun. Aus demselben Grunde ist es auch unnötig — wie Staub[189]) — hervorzuheben, daß ein Verzicht auf die Einwendungen des § 417 dem Begriff der Schuldübernahme widerspricht.

In Fällen, wo nach dem Willen der Parteien durch „Schuldübernahme" dem Termingläubiger für die unklagbare Terminforderung eine von dieser ganz unabhängige Ersatzforderung verschafft werden soll, greift wieder § 69 des Gesetzes ein.[190])

Ebensowenig, wie eine Schuldübernahme, ist natürlich bei den verbotenen BTG. eine Forderungsabtretung möglich, da ja das Geschäft eine Forderung nicht erzeugt.[191])

Aus diesem Grunde kann auch weder mit einer „Forderung" aus einem verbotenen BTG., noch gegen eine solche gemäß § 387 BGB. einseitig aufgerechnet werden. Eine Ausnahmevorschrift wie § 56 BG., der die einseitige Aufrechnung mit unverbindlichen „Forderungen" aus erlaubten BTG. gegen andere Börsenterminforderungen[192]) gestattet, besteht für die verbotenen BTG. nicht.

Zu betonen ist endlich noch, daß ein verbotenes BTG. nicht durch Effektiverfüllung nachträglich konvalescieren kann. § 57 BG. gibt diese Möglichkeit ausdrücklich nur für die unverbindlichen, aber „nicht verbotenen BTG." Soviel über die

[183]) RG. (25. X. 02) 52/364. (29. IX. 94) Bolze 19/316.
[184]) S. Nußbaum § 55 IX c.
[185]) RG. (8. XI. 99) 45/158. (25. X. 02) 52/363.
[186]) RG. (25. X. 02) 52/364.
[187]) RG. (30. V. 94) Bolze 18/292. Neukamp, Verb. Komm. 15 zu § 59.
[188]) § 55 IX b.
[189]) Exk. Abs. 14.
[190]) Vgl. o.
[191]) A. M. scheinb. Nußbaum § 55 II.
[192]) Über die Natur dieser Forderungen vgl. z. B. Nußbaum § 56 II b.

Nichtigkeit des verbotenen BTG. an sich und die aus ihr unmittelbar entspringenden Folgen.

Um nun hintanzuhalten, daß Leute zum Abschluß verbotener BTG. durch die Hoffnung verleitet werden, der Terminschuldner werde sich schon herbeilassen, zum Zwecke der Erfüllung eine andere Verbindlichkeit einzugehen und so dem Termingläubiger eine klagbare Forderung zu verschaffen, erstreckt das Gesetz[193]) die Nichtigkeit auch auf Vereinbarungen, durch die „der eine Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem verbotenen BTG. dem anderen Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht", insbesondere auf Schuldanerkenntnisse.[194])

Nach richtiger Auffassung[195]) brauchen die beiden „Teile" nicht unbedingt die ursprünglichen Terminkontrahenten zu sein. Nur wenn man die Nichtigkeit auch auf Vereinbarungen der genannten Art zwischen dem Termingläubiger und einem Dritten oder auch von Dritten untereinander erstreckt, wird der Zweck der Bestimmung erreicht.[196])

Bereits oben wurde hingewiesen auf die Unwirksamkeit der Übernahme einer nichtigen Terminschuld, sowie von Bürgschaften und Garantien zugunsten einer solchen, selbst wenn sie als selbständige Verbindlichkeiten gewollt sind, ihre Nichtigkeit also nicht schon unmittelbar aus der des Hauptgeschäftes folgt.

Als Vereinbarung im Sinne des § 69 ist sodann ferner besonders hervorzuheben die Hingabe eines Wechsels, aus dem der Terminschuldner alleiniger Schuldner ist. Gleichgültig ist hiebei, ob die Hingabe „zahlungshalber" oder „an Zahlungsstatt" erfolgt.[197])

Wegen der Nichtigkeit der Wechselbegebung kann der Schuldner den Wechsel zurückverlangen. Bleibt die Rückforderung erfolglos und muß der Terminschuldner auf gerichtliches Urteil hin einem gutgläubigen Erwerber, dem er gemäß Art. 82 WO. nicht einwenden kann, daß der Wechsel auf Grund eines nichtigen BTG. gegeben worden sei, die Wechselsumme bezahlen, so kann von dem Termingläubiger das, was dieser durch die Diskontierung des Wechsels erhalten hat, als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen,[198]) da durch die Rückforderung der Rechtsgrund für die Verwertung des Wechsels, zu der ja der Termingläubiger als Remittent an sich berechtigt war,[199]) weggefallen ist. Zum vollen Schadensersatz aber ist der Gläubiger dem Schuldner verpflichtet, auch ohne daß dieser den Wechsel zurück-

[193]) BG. § 69.
[194]) Vgl. auch § 59 BG. und § 66 Abs. 3 BG. ä. F.
[195]) So Nußbaum § 59 III.
[196]) A. M. Apt, Anm. 2 zu § 59, Kahn, A. 2 zu § 59, auch Neukamp Verb. Komm. 13 ff. zu § 59.
[197]) RG. (3. X. 03) Hldh. 04/27.
[198]) RG. (28. V. 02) 51/360 ff., auch RG. (3. X. 03) Hldh. 04/27, OLG. Hambg. (3. III. 08) BA. 7/365.
[199]) Vgl. RG. (10. IV. 95) 35/196, (25. IV. 00) 47/50.

verlangt hat, wenn er den Wechsel in der Absicht weitergegeben hat, dem Schuldner seinen Einwand, dessen Erhebung er voraussah, abzuschneiden.[200])

Hat der Schuldner hingegen bei eingetretener Fälligkeit den rückforderbaren Wechsel eingelöst, so hat er damit etwas auf Grund des verbotenen BTG. g e l e i s t e t, und eine solche Leistung kann nur bei den BTG. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei innerhalb einer gewissen Frist, bei den übrigen verbotenen BTG. überhaupt nicht mehr zurückgefordert werden.[201]) Eine Leistung im Sinne des Gesetzes liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger laut Vereinbarung mit dem Schuldner den Wechsel behufs Begleichung der Terminforderung diskontiert hat.

Entsprechende Anwendung finden diese Grundsätze auch auf Schecks, die der Terminschuldner ausgestellt hat. Auch die Hingabe eines Wechsels, aus dem noch andere Personen außer dem Terminschuldner verpflichtet werden, an Zahlungsstatt, ist als Leistung anzusehen, es sei denn, daß materiell seitens der anderen Wechselschuldner nur eine Bürgschaftsleistung für den Terminschuldner vorliegt.[202]) In diesem Falle macht den wesentlichen Inhalt des Wechsels die neubegründete Verpflichtung des Terminschuldners gegenüber dem Termingläubiger aus, und der Wechsel kann infolgedessen ebensowenig rechtswirksam an Zahlungsstatt gegeben werden, wie einer, der nur die Unterschrift des Terminschuldners enthält.[203]) Ein von dem Terminschuldner etwa auf den Wechsel gesetztes Indossament verpflichtet ihn zwar zu nichts,[204]) hat aber gleichwohl Legitimationsfunktion.[205]) Entsprechendes gilt auch für einen von dem Terminschuldner in Zahlung gegebenen Scheck, den er nicht selbst ausgestellt hat.

Gemäß § 69 nichtig ist ferner auch d i e B e s t e l l u n g e i n e r H y p o t h e k, für eine „Schuld" aus einem verbotenen BTG.[206]) Dagegen stellt die Hingabe einer Hypothek, deren Gläubiger der hingebende Terminschuldner ist, eine „Leistung" im Sinne des Gesetzes dar.[207])

Auch eine Vereinbarung, wonach die Terminschuld als Darlehen geschuldet werden soll (§ 607 Absatz 2 BGB.), fällt unter § 69 BG.[208]) Daran wird auch nichts geändert, wenn für das Darlehen eine Hypothek bestellt wird.[209])

[200]) RG. (28. V. 02) 51/357, OLG. Posen (21. X. 02) Rspr. 6/448.
[201]) BG. § 66 Abs. 2, § 64, Abs. 2; (s. Näh. u.!)
[202]) Nußbaum § 55 V b Abs. 2.
[203]) Vgl. RG. (25. IV. 00) 47/52. (28. I. 03) JW. 124. (23. XII. 03) JW. 04/124.
[204]) Wegen § 69 BG.
[205]) RG. (3. X. 03) Hldh. 04/27. (23. XII. 03) JW. 04/124.
[206]) Vgl. z. B. RG. (25. IV. 00) 47/52.
[207]) Vgl. Nußbaum § 55 IV b Abs. 2.
[208]) RG. (14. V. 02) JW. 369, (6. X. 08) Hldh. 09/107, OLG. Hambg. (19. III. 07) Recht 11/585.
[209]) RG. (22. VI. 95) Bolze 21/250, (25. IV. 00) 47/48.

An sich gültig sind dagegen Darlehen zum Zwecke des Abschlusses von verbotenen BTG., da sie durch das Gesetz den BTG. nicht gleichgestellt sind. Gleichwohl nichtig ist aber ein solches Darlehen, wenn es mit einem Auftrag zum Abschluß verbotener BTG. verbunden ist.

Eine Vereinbarung nach § 69 liegt auch in der Saldoanerkennung im Kontokorrentverkehr. Soweit der Saldo aus verbotenen BTG. herrührt, ist also seine Anerkennung nichtig.

In der Saldoanerkennung liegt aber nach der Rechtsprechung des RG.[210]) außer der Anerkennung des für den Anerkennenden sich ergebenden Saldos selbst auch eine vertragsmäßige Aufrechnung (Verrechnung) der einzelnen Kontoposten, soweit sich Debet und Kredit decken.

Diese vertragsmäßige Aufrechnung ist eine Leistung im Sinne des Gesetzes und ihre Rückgängigmachung kann deshalb nicht verlangt werden. Die Parteien können jedoch wegen § 69 diese Verrechnung nicht wirksam in der Weise regeln, daß sie unter Ausschluß der nach der Auffassung des RG.[211]) im Zweifel eintretenden verhältnismäßigen Aufrechnung[212]) eine vorzugsweise Berücksichtigung der „Forderungen“ aus nichtigen BTG. vereinbaren.

Enthält ein Kontoauszug, dessen Saldo anerkannt wurde, einen Saldovortrag als Resultat einer Rechnungsperiode, für welche Kontoauszüge nicht übersandt wurden, so stellt sich die in der Anerkennung des letzten Saldos enthaltene Anerkennung des Saldovortrags lediglich als ein abstraktes Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. dar, welches wegen § 69 insoweit nichtig ist, als der Saldovortrag auf verbotenen BTG. beruht.

Bei einem Vergleich über eine nichtige Terminschuld kommt es darauf an, ob die Nichtigkeit des BTG. Vergleichsgegenstand oder Vergleichsgrundlage war.

Im ersteren Fall, wenn also der Streit über die Rechtsverbindlichkeit des Geschäftes im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wurde, kann der Terminschuldner, wenn er nun aus dem Vergleich verklagt wird, die Nichtigkeit des TG. nicht mehr geltend machen. Anders ist es im zweiten Fall, wenn also von den Parteien die Nichtigkeit des betreffenden Geschäftes als feststehend angenommen und der Vergleich nur deshalb geschlossen wurde, um dem Termingläubiger ein Mittel zur Befriedigung an die Hand zu geben. In diesem Fall ist der Vergleich als „äußere Form für ein Schuldanerkenntnis“[213]) nichtig.

Auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe[214]) für den Fall der Nichterfüllung einer Schuld aus einem verbotenen

[210]) Z. B. RG. (14. I. 03) Hldh. 03/94, (28. I. 03) JW. 924, (20. X. 03) JW. 434, (14. XI. 03) 56/20, (26. XI. 04) 59/192, (4. I. 05) JW. 187.

[211]) Vgl. RG. (28. X. 03) JW. 434, (14. XI. 03) 56/20, (26. XI. 04) 59/192, (4. I. 05) JW. 187.

[212]) Vgl. hierüber Nußbaum § 55 VII b.

[213]) RG. (2. VII. 01) 49/193, s. auch RG. (13. VI. 02) BA. 2/143, KG. (26. X. 08) BA. 8/109.

[214]) Vgl. § 344 BGB.

BTG. und noch viele andere Abreden, welche die Erfüllung einer solchen Schuld bezwecken, fallen unter § 69 des BG.

Die Nichtigkeit von Vereinbarungen, welche die Sicherung einer Schuld aus einem verbotenen BTG. betreffen, an sich also nicht unter § 69 fallen, ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

So ist z. B. die Abrede der Verstärkung einer für ein verbotenes BTG. bestellten Sicherheit (Nachschußklausel) selbstverständlich nichtig, weil ja die Sicherheitsbestellung für das Geschäft auch nichtig ist.

Erstreckt wird die Nichtigkeit endlich durch § 70 BG.[215]) auch auf die Erteilung und Übernahme von Aufträgen, sowie auf die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses von verbotenen BTG. oder der Eingehung einer Verbindlichkeit nach § 69.

Auf Grund eines solchen Auftrags oder einer solchen Vereinigung gibt es also keine Klage auf Vertragserfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, noch auf Provisionen, Courtagen, Aufwendungen, Gewinnherausgabe oder Verlusttragung.[216])

Als Auftrag im Sinne des § 70 das Kommissionsgeschäft anzusprechen, wie dies in der Literatur[217]) meist geschieht, erscheint nicht tunlich.[218])

Nach dem Sprachgebrauch sowohl des täglichen Lebens als auch speziell der forensischen Praxis wird das Börsentermin-Kommissionsgeschäft selbst als BTG. bezeichnet und zwar auch dann, wenn es nicht durch Selbsteintritt ausgeführt wird.

Ein Auftrag im Sinne des § 70 läge z. B. vor, wenn A den B beauftragen würde, von dem Bankier des B auf den Namen des B aber für Rechnung des A ein verbotenes BTG. abschließen zu lassen.

Eine Vereinigung im Sinne des § 70 ist nur dann gegeben, wenn der wesentliche Zweck der Vereinigung der Abschluß von verbotenen BTG. ist. Nicht aber ist § 70 anwendbar auf eine Beteiligung an einem Geschäftsbetrieb, in dem verbotene BTG. gemacht werden, auch wenn der sich Beteiligende dies weiß oder voraussieht, die Beteiligung aber nicht im Einverständnis mit dem Geschäftsinhaber zum Zwecke des Abschlusses jener Geschäfte erfolgt.

Wie schon oben erwähnt, hat die Nichtigkeit der verbotenen BTG. durch die Novelle insofern eine bedeutsame Einschränkung erfahren, als aus der Nichtigkeit eines verbotenen BTG. ein Recht, das auf Grund des Geschäftes Geleistete zurückzufordern, entweder überhaupt nicht mehr oder nur innerhalb einer bestimmten Frist hergeleitet werden kann. Gegenüber der älteren Fassung des BG., dessen § 66 Absatz 4 die Rückforderung dessen, „was bei oder nach völliger

[215]) Vgl. auch § 60 BG. für die unverbindlichen erlaubten BTG., sowie § 66 Abs. 2 ä. F.

[216]) Über die abweichende Behandlung der DG. vgl. o. S. 29.

[217]) Vgl. Apt zu § 60, Hemptenmacher Anm. 1 zu § 60, Staub Nachtr. A. 69.

[218]) Ebenso Nußbaum § 60 II.

Abwickelung" eines wegen Nichteintragung der Parteien im Börsenregister unwirksamen Geschäftes „zu seiner Erfüllung" geleistet worden war, ausschloß — einer Fassung, welche in der Praxis mancherlei Zweifel veranlaßte,[219]) — legt die Novelle lediglich auf den Anlaß zur Leistung Gewicht: diese muß „auf Grund des Geschäfts" erfolgt sein, sei es nun, daß sich der Leistende dazu verpflichtet glaubte, oder daß er trotz Kenntnis seiner Nichtverpflichtung leistete.

Eine „Leistung" im Sinne des Gesetzes ist außer der Zahlung auch jede andere Handlung des Schuldners, durch die er ganz oder zum Teil von seiner Schuld endgültig befreit wird.[220]) Die wichtigsten derartigen „Leistungen" sind bereits oben besprochen, so daß hier nur noch weniges nachzutragen bleibt.

Erörtert wurde schon die Hingabe von Hypotheken an Zahlungsstatt. Selbstverständlich können auch andere Vermögenswerte, wie Effekten, Ansprüche aus Lebensversicherungen usw. an Zahlungsstatt hingegeben werden.

Als Leistung wurde auch schon die vertragsmäßige Aufrechnung beim Saldoanerkenntnis erwähnt.

Eine solche Verrechnung kann z. B. auch so erfolgen, daß der Schuldner dem Gläubiger Sachen zur Verwertung übergibt und ihm erlaubt, den Erlös zu behalten.[221])

Eine Leistung ist endlich auch die Prämie bei den Prämiengeschäften, denn auch sie wird auf Grund des Geschäftes geleistet.

Werden nun solche Leistungen auf Grund verbotener BTG. in Bergwerks- oder Fabrikanteilen gemacht, so können sie gemäß § 64 Abs. 2 des BG. überhaupt nicht mehr deshalb zurückverlangt werden, weil das Geschäft nichtig war.

Dagegen gilt für die verbotenen BTG. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei die schärfere Bestimmung des § 66 Abs. 2. Hienach kann das auf Grund solcher Geschäfte Geleistete mit Rücksicht auf die Nichtigkeit des Geschäfts zurückgefordert werden, jedoch nur innerhalb einer Frist von 2 Jahren, es sei denn, daß der zur Rückforderung Berechtigte vor dem Ablauf der Frist dem Verpflichteten gegenüber schriftlich erklärt hat, daß er die Herausgabe verlange.

Durch die §§ 64 und 66 ist das Rückforderungsrecht nur insofern ausgeschlossen bezw. beschränkt, als es auf die Nichtigkeit des Geschäfts gestützt werden soll. Dagegen bleibt die Rückforderung aus allgemeinen Rechtsgründen wie Irrtum, Geisteskrankheit usw. jederzeit offen.

„Das Recht, das auf Grund des Geschäftes Geleistete ..... zurückzufordern, erlischt mit dem Ablauf von zwei Jahren seit der Bewirkung der Leistung."[222])

---

[219]) Vgl. Kahn Anm. 1 zu § 55.
[220]) Vgl. Nußbaum § 55 IV.
[221]) RG. (14. X. 97) JW. 608. vgl. auch OLG. Hambg. (23. II. 04) BA. 3/191.
[222]) § 66 Abs. 2 BG.

Der Ablauf der Frist des § 66 wirkt also rechtszerstörend wie eine Verjährung. Doch handelt es sich hier nicht um eine eigentliche Verjährung im Sinne des BGB., sondern um eine durch Vertrag nicht verlängerbare Präklusivfrist.

Nach der ratio legis ist eine Hemmung der Frist durch Stundung (§ 202 BGB.) ebenso undenkbar, wie ihre Unterbrechung durch Anerkennung des Anspruchs im Sinne des § 208 BGB. Im übrigen finden die Vorschriften über die Verjährung auf die Frist des § 66 Anwendung.

Einwendungen aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 814, 818 Abs. 3 und 819 Abs. 1 BGB. sind dem Rückforderungsanspruch des § 66 Abs. 2 gegenüber, als auf lex specialis beruhend, ausgeschlossen.[223])

Gemäß Art. V der Novelle vom 8. Mai 1908 finden die Vorschriften über den Ausschluß bezw. die Beschränkung des Rückforderungsrechtes auch auf die vor dem 1. Juni 1908 abgeschlossenen Geschäfte Anwendung.

Nach Erörterung der verwaltungs- und zivilrechtlichen Wirkungen des verbotenen BTG. wenden wir uns nun noch kurz seinen strafrechtlichen Wirkungen zu.

Solche resultieren teils aus den Ordnungsstrafbestimmungen, welche nebst einzelnen Disziplinarstrafbestimmungen im V. Abschnitt des BG.[224]) enthalten sind, teils aus den Kriminalstrafbestimmungen des VI. Abschnittes.

Gemäß § 71 des BG. hat, „wer ein verbotenes BTG. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei abschließt, wenn die Zuwiderhandlung vorsätzlich begangen ist, eine Ordnungsstrafe bis zu 10 000 Mark verwirkt". Meinungsverschiedenheiten bestehen hier namentlich darüber, ob zur Strafbarkeit der vorsätzlichen Handlung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich ist.

Kahn[225]) verneint diese Frage, u. E. mit Unrecht. Nach den allgemeinen Vorschriften des RStrGB. muß sich die Schuld des Täters stets auf die immer zum objektiven Tatbestand gehörige Rechtswidrigkeit der verbrecherischen Handlung erstrecken, d. h. der Täter muß stets das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung haben.

Nun kommen allerdings die für das Kriminalverfahren geltenden Vorschriften im Ordnungsstrafverfahren nur dann zur Anwendung, wenn sie ausdrücklich für anwendbar erklärt sind. Wenn eine solche Bestimmung für eine Materie nicht besteht, so ist im Ordnungsstrafverfahren jeweils nach der ratio legis zu entscheiden, ob ein Rechtsirrtum den Täter vor Strafe schützt oder nicht.

Daraus nun, daß das Gesetz im vorliegenden Fall die Vorsätzlichkeit betont, während anderwärts die Ordnungsstrafen ohne Rücksicht

[223]) Vgl. Kahn Anm. 3 zu § 66, a. M. Bernstein in Goldschm. Zschr. 08/175. Apt, Anm. 2 zu § 66.
[224]) Eingefügt durch die Nov. v. 8. V. 08.
[225]) Kahn Anm. 3 u. 4 zu § 71.

auf Verschulden angedroht werden, schließt Apt, dessen Ausführungen[226]) wir uns anschließen, daß der Hauptzweck der Bestimmung nicht so fast die Aufrechterhaltung der Ordnung, als vielmehr die Bestrafung des Ungehorsams ist. Ungehorsam aber handelt nur der Täter, der sich der Rechtswidrigkeit seiner Handlung bewußt ist. Folglich kann nur ein solcher aus § 71 BG. bestraft werden.

Belanglos ist es, ob der Täter Börsenbesucher oder outsider ist.

Strafbar ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur der Abschluß eines verbotenen BTG. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei, nicht aber auch Beihilfe und Anstiftung wegen der Unanwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des RStrGB. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Umwandlung einer Ordnungsstrafe in eine Freiheitsstrafe ausgeschlossen.

Auch die Grenze der Strafmündigkeit hat hier keine Geltung.

Für anwendbar erklärt sind dagegen im § 72 BG. die Vorschriften des RStrGB. über die Unterbrechung und das Ruhen der Verjährung. Dieser Umstand ist von Bedeutung für die Beurteilung des Begriffs der „Handlung" in § 71 des BG.

Ebenso wie im Kriminalstrafrecht, auf dessen Tatbegriff ja die für anwendbar erklärten Vorschriften des RStrGB. fußen, sind nämlich mehrere „Zuwiderhandlungen" gegen § 71 rechtlich als eine einheitliche Handlung anzusehen, wenn sie aus einem einheitlichen Vorsatz entspringen.[227])

Für eine solche Reihe von Zuwiderhandlungen ist also die Ordnungsstrafe nur einmal verwirkt, nicht, wie Kahn[228]) annimmt, so oft, als ein Geschäft abgeschlossen wurde.

Börsenbesucher, welche sich gegen § 71 verfehlen, können außerhalb des Ordnungsstrafverfahrens auch noch disziplinär geahndet werden. Das Börsenehrengericht, welchem schon gemäß § 10 des BG. allgemein die Disziplinierung von Börsenbesuchern obliegt, welche im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit an der Börse sich eine mit der Ehre oder dem Anspruch auf kaufmännisches Vertrauen nicht zu vereinbarende Handlung haben zu schulden kommen lassen, ist durch § 87 BG. noch speziell ermächtigt, Börsenbesucher wegen der im § 71 bezeichneten Handlungen mit Verweis sowie zeitweiliger oder dauernder Ausschließung von der Börse zu bestrafen.

Kriminell geahndet wird der Abschluß verbotener BTG., und zwar von solchen in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei, in zwei Fällen:

§ 91 BG. bedroht den mit Gefängnis und (kumulativ!) mit Geldstrafe bis zu 10 000 Mark, der aus dem Abschlusse von verbotenen BTG. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei ein Gewerbe

[226]) Apt, Anm. 4 zu § 71.
[227]) Vgl. Apt, Anm. 2 zu § 71.
[228]) A. 5 zu § 71.

macht, nachdem er zweimal auf Grund des § 71 rechtskräftig zur Zahlung einer Ordnungsstrafe verurteilt worden ist. Die Handlung, welche den Gegenstand des zweiten Urteils bildete, muß n a c h der ersten Verurteilung begangen worden sein.

Da das Delikt des § 91 ein Kriminaldelikt ist, so finden die allgemeinen Vorschriften des RStrGB. unmittelbar darauf Anwendung. Hervorzuheben ist, daß der Täter auch dann bestraft wird, wenn er von den zwei rechtskräftigen Verurteilungen keine Kenntnis hatte.[229]) Es handelt sich hier um nichts anderes als um einen Rückfall, also um ein Strafbarkeitsmerkmal, auf das sich bekanntlich die Schuld nicht zu erstrecken braucht, nicht aber um ein Tatbestandsmerkmal, wie Apt[230]) anzunehmen scheint.

Mit Gefängnis und mit Geldstrafe bis zu 10 000 Mark bedroht ferner § 92 BG. denjenigen, „der in gewinnsüchtiger Absicht, um den Preis von Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei im Widerspruch mit der durch die allgemeine Marktlage gegebenen Entwickelung zu beeinflussen, verbotene BTG. schließt. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann allein auf die Geldstrafe erkannt werden."

Zum subjektiven Tatbestand des § 92 gehört also 1. gewinnsüchtige Absicht, d. i. die Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf welchen kein Recht besteht;[231]) 2. die Absicht, den Preis von Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei im Widerspruch mit der durch die allgemeine Marktlage gegebenen Entwickelung zu beeinflussen.

Diese Beeinflussung der Preise muß der Z w e c k der Handlung des Täters sein. Jemand, der z. B. einem säumigen Gegenkontrahenten gegenüber eine Zwangsregulierung vornimmt, wobei er sich natürlich sehr wohl bewußt ist, die Preise zu beeinflussen, folglich vorsätzlich handelt, ist gleichwohl nicht aus § 92 BG. strafbar, weil seine Absicht, der Endzweck seines Tuns eben nicht jene Beeinflussung der Preise, sondern lediglich die Abwickelung des Geschäftes ist.[232]) § 92 wendet sich hauptsächlich gegen die sogen. Schwänze, d. i. das Aufkaufen und Einbehalten großer Vorräte zum Zwecke des Preistreibens.

Neben der Strafe des § 92 kann auch auf Ordnungsstrafe nach § 71 erkannt werden, während dies bei § 91 wegen des ausschließlich kriminellen Charakters des Deliktes unzulässig ist.[233])

---

[229]) Ebenso Kahn, Anm. 2 zu § 91.
[230]) Anm. 3 zu § 91.
[231]) Apt, Anm. 1, 2 zu § 92.
[232]) Vgl. Apt, Anm. 1, 2 zu § 92.
[233]) Kahn, Anm. 3 zu § 91, Anm. 2 zu § 92 a. E.

Schluß.

Gegenüber der älteren Fassung des BG. bietet die Neufassung entschieden mehr Garantie dafür, daß die im Gesetz enthaltenen Verbote ihren Zweck, die Spekulation von gewissen Handelszweigen und Unternehmungen, auf die sie ungünstig einwirkt, fern zu halten, auch wirklich erreichen.

Einmal ist es die Beseitigung der Legaldefinition des BTG., welche in diesem Sinne günstig wirkt.

Nun die Qualifikation des Geschäfts als BTG. vollständig dem richterlichen Ermessen anheim gestellt ist, ist unlauteren Elementen eine Menge von Schleichwegen versperrt, auf denen sie sich früher so bequem um das Gesetz herumdrücken konnten.

Zweckdienlich sind sodann zweifellos auch die verschiedenen, neu ins Gesetz aufgenommenen Strafbestimmungen.

Die Strafen sind durchweg recht empfindlich, und wenn schon die Möglichkeit, durch eine hohe Ordnungsstrafe finanziell schwer getroffen zu werden, sicherlich viele wenig bemittelte Gelegenheitsspieler davon abhält, verbotene BTG. abzuschließen, so werden namentlich die angedrohten Gefängnisstrafen denen, die sie warnen sollen, nämlich den rücksichtslosen Professionsspekulanten, sehr zu denken geben.

Am meisten aber können diejenigen dazu beitragen dem Gesetze Geltung zu verschaffen, welche ständigen Einblick haben in das Getriebe der Börse: die Börsenorgane.

In Würdigung dieser Tatsache ist denn auch durch § 87 der Novelle die Disziplinargewalt der Börsenehrengerichte gerade den Kontrahenten verbotener BTG. gegenüber erweitert worden.

Ein Fortschreiten des Gesetzgebers auf dem einmal beschrittenen Wege ist im Interesse einer gedeihlichen Entwickelung unserer Volkswirtschaft auf das Lebhafteste zu wünschen.